


**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**

**Facultad de Derecho**



	UNIVERSITAT DE VALÈNCIA REGISTRE GENERAL ENTRADA
31 MAYO 2000	
N.º 72845	
HORA	
OFICINA AUXILIAR NÚM. 2	

***El concepto jurídico-penal de  
incendio: presupuestos y fundamentación***

**Tesis doctoral presentada  
para la colación del grado de  
Doctor en Derecho por el Ldo.  
Miguel Ángel Moreno Alcázar.**

**Director: Prof. Dr. D. Javier  
Boix Reig, Catedrático de  
Derecho penal de la  
Universitat de València.**

**Valencia, 2000**

UMI Number: U602933

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602933

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA	
CC. SOCIALS	
BIBLIOTECA	
Nº Registre	26219
DATA	03/04/2001
SIGNATURA DId. T4469	
Nº LIBIS:	1042050

Nº DOBIS: 1042038

## ***Indice***





## **INDICE**

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	5

## **CAPÍTULO I**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

INTRODUCCIÓN.....	13
1. DERECHO PENAL "HISTÓRICO" ESPAÑOL.....	14
1.1. La Novisima Recopilación.....	14
1.2. Las Partidas.....	16
1.3. El Fuero Real.....	20
1.4. El Fuero Juzgo.....	21
1.5. Los incendios imprudentes en los anteriores cuerpos legales.....	27
2. ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL.....	34
2.1. El supuesto Código penal del s. XVIII.....	34
2.2. El Plan de Código Criminal de 1787. Comparación con la Ciencia de la Legislación de Filangieri.....	37
3. EL CÓDIGO PENAL DE 1822.....	44

3.1. Introducción. El miedo al fuego. Regulación sistemática.....	44
3.2. De los incendios en bienes públicos. Problemática concursal en caso de muertes.....	48
3.3. El artículo 641: la regulación específica de tentativas contra la vida e integridad de las personas.....	52
3.4. La regulación de los incendios dentro de los delitos contra la propiedad. Relevancia de los daños ocasionados.....	59
3.5. Incendios por imprudencia.....	65
3.6. El incendio como agravante.....	66
4. LOS PROYECTOS DE 1830, 1831 Y 1834.....	68
4.1. El Proyecto de Código criminal de 1830.....	68
4.2. El Proyecto de Código criminal de 1831.....	72
4.3. El Proyecto de Código criminal de 1834.....	75
5. EL CÓDIGO PENAL DE 1848/50.....	80
5.1. Introducción. Regulación sistemática.....	80
5.2. La regulación del incendio de bienes propios.....	86
5.3. Los supuestos de incendio más gravemente sancionados. Críticas.....	91
5.4. Conveniencia de distinguir entre incendios en poblado/despoblado, o en edificio habitado/deshabitado.....	101
5.5. Incendio de mieses, pastos, montes o plantíos.....	106
5.6. El incendio de otros objetos no comprendidos en artículos anteriores.....	110
5.7. "Incendios" en los que se exige la ausencia de peligro de propagación del fuego.....	113
5.8. La imprudencia en el Código del 48.....	118
5.9. Faltas relacionadas con los incendios.....	119
5.10. Circunstancias agravantes que guardan relación con los incendios. Referencia al homicidio mediante incendio.....	122

6. EL CÓDIGO PENAL DE 1870.....	126
6.1.Introducción.....	126
6.2.Los supuestos de incendio más gravemente sancionados. El conocimiento o ignorancia de la presencia de personas en algunos de los lugares incendiados.....	128
6.3.La confusión de criterios: peligro para las personas/daño material.....	132
6.4. Incendios de edificios destinados a habitación en lugar despoblado; e incendios de mieses, pastos, montes o plantíos.....	134
6.5. Otros incendios e "incendios" sin peligro de propagación.....	138
6.6. La nueva regulación del incendio de bienes propios.....	142
6.7. Las faltas relacionadas con los incendios.....	145
6.8. El incendio como circunstancia del delito de asesinato.....	149
7.EL CÓDIGO PENAL DE 1928.....	151
7.1.Introducción. La nueva ubicación sistemática. Novedades con respecto al Código penal de 1870.....	151
7.2.La regulación de delitos de daños mediante "incendio".....	158
7.3. Los incendios en tanto que estragos.....	162
7.4. Otras referencias a los incendios.....	166
7.4.1. El incendio como agravante genérica.....	166
7.4.2. El incendio como circunstancia específica en el asesinato.....	167
8. LOS CÓDIGOS PENALES DE 1932 Y 1944.....	169
8.1. El Código penal de 1932.....	169
8.2. El Anteproyecto de Código penal de 1938 y el Proyecto de 1939.....	172

8.3. El Código penal de 1944.....	174
8.3.1. La nueva redacción del artículo 550.2º. La dicción de la partícula "no".....	174
8.3.2. El artículo 551.....	176
8.3.3. Incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores/incendio de cosas no comprendido en los artículos anteriores.....	177
8.3.4. La aparente novedad de la falta del artículo 595.....	182
9. REFORMAS PARCIALES DEL CÓDIGO PENAL DESDE 1944.....	186
9.1. La Reforma de 1954.....	186
9.2. El texto refundido de 1963.....	187
9.3. La reforma de 1967.....	190
9.4. La reforma de 1975: el artículo 549.3º.....	191
9.5. La reforma de 1983.....	192
9.6. La reforma de 1987: la nueva regulación de los incendios forestales.....	193
9.7. La reforma de 1989.....	195
10. Los últimos Proyectos de reforma del Código penal.....	199
10.1. El Proyecto de Código penal de 1980.....	199
10.2. La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983.....	206
10.3. El Proyecto de Código penal de 1992.....	209

## **CAPÍTULO II**

### **LOS INCENDIOS EN EL NCP. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA Y COMPARACIÓN CON LA REGULACIÓN ANTERIOR**

INTRODUCCIÓN.....	215
-------------------	-----

## **índice**

1. ARTÍCULO 351 NCP.....	216
2. ARTÍCULO 352 NCP.....	231
3. ARTÍCULO 353 NCP.....	233
4. ARTÍCULO 354 NCP.....	234
5. ARTÍCULO 355 NCP.....	235
6. ARTÍCULO 356 NCP.....	238
7. ARTÍCULO 332 NCP.....	243
8. ARTÍCULO 357 NCP.....	252
9. ARTÍCULO 358 NCP.....	263

## **CAPÍTULO III**

### **LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS DE INCENDIO**

INTRODUCCIÓN.....	267
1. BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES PROTEGIDOS EN LOS DELITOS DE INCENDIO: VIDA/INTEGRIDAD FÍSICA Y PROPIEDAD.....	270
1.1. La vida/integridad física de las personas.....	270

1.2. La propiedad.....	284
2. LA SEGURIDAD COLECTIVA.....	291
2.1. La rúbrica: Delitos contra la seguridad colectiva.....	291
2.2. Posicionamiento personal respecto de los bienes jurídicos colectivos.....	310
2.2.1. Apuesta por una concepción personalista de los bienes jurídicos.....	315
2.2.2. Los peligros del funcionalismo.....	322
2.2.3. Legitimidad democrática y límites a la configuración de bienes jurídicos.....	330
2.2.4. Conclusión respecto de la seguridad colectiva como bien jurídico protegido en los delitos de incendio.....	349
EXCURSO: LA TRANQUILIDAD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS INCENDIOS SEGÚN LA DOCTRINA ITALIANA.....	352
a) El programa de Carrara.....	352
b) El Código Sardo-Italiano.....	361
c) El Código Zanardelli.....	364
d) Recapitulación.....	373
e) El Código Rocco.....	375
f) A modo de conclusión .....	386
3. EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ALGUNOS DELITOS DE INCENDIO.....	388
3.1. La complejidad del concepto de medio ambiente.....	388
3.2. El todo y las partes.....	409
3.2.1. La globalización del medio ambiente.....	411
3.2.2. El pensamiento sistémico.....	420
3.2.3. La STC 102/1995.....	432

3.3. La demanda de intervención penal para la protección del medio ambiente.....	439
3.4. Propuesta acerca de la categoría de los bienes jurídicos difusos.....	443
3.4.1. De nuevo sobre la relación entre legitimidad democrática y bienes jurídicos.....	459
3.5. La concreción de la protección penal del medio ambiente a través de algunos delitos de incendio.....	479

#### **CAPÍTULO IV**

##### **EL CONCEPTO DE PELIGRO**

1. EL CONCEPTO DE PELIGRO.....	501
2. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.....	516
2.1. Planteamiento. Las nuevas aportaciones de Popper.....	516
2.2. La relación de causalidad desde la física del caos.....	537
3. DETERMINISMO/INDETERMINISMO.....	549
4. PELIGRO SUBJETIVO/PELIGRO OBJETIVO.....	554
5. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE ESTE ENTENDIMIENTO DEL PELIGRO.....	569
5.1. La relación entre peligro abstracto y peligro concreto.....	570
5.2. El dolo de peligro.....	584
6. CAUSALIDAD Y LENGUAJE.....	587



A MODO DE CIERRE DE LOS DOS CAPÍTULOS PREVIOS.....	602
--	-----

**CAPÍTULO V**

**EL CONCEPTO PENAL DE INCENDIO**

1. PREÁMBULO.....	617
2. EL CONCEPTO PENAL DE INCENDIO SEGÚN EL VCP.....	622
2.1. Irrelevancia de la magnitud del fuego.....	626
2.2. El peligro para las personas como elemento del concepto penal de incendio.....	630
2.3. El peligro de propagación del fuego como elemento del concepto penal de incendio.....	642
3. El concepto penal de incendio en el NCP.....	666
CONCLUSIONES.....	689
BIBLIOGRAFÍA.....	717
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	739

## ***Abreviaturas***



## **ABREVIATURAS**

<b>ADPCP</b>	Anuario de Derecho penal y ciencias penales.
<b>AP</b>	Actualidad Penal
<b>BOE</b>	Boletín oficial del Estado
<b>BOCG</b>	Boletín oficial de las Cortes Generales
<b>CP</b>	Código penal
<b>C.P.C.</b>	Cuadernos de Política Criminal
<b>DJ</b>	Documentación Jurídica
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>NCP</b>	Nuevo Código Penal
<b>PCP</b>	Proyecto de Código penal
<b>PANCP</b>	Propuesta de Anteproyecto de Código penal
<b>RGD</b>	Revista general de Derecho
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>SSTS</b>	Sentencias del Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional



## ***Introducción***



## **INTRODUCCIÓN**

La elección del tema que ha dado lugar a la presente Tesis tuvo lugar en unos años de sequía en los que nuestro país se vio asolado por una plaga de incendios forestales auténticamente devastadores. El problema de estos incendios, que por desgracia no ha desaparecido aunque sí disminuido gracias en buena medida a las condiciones hidrológicas de estos últimos años, me hizo prestar atención a unos delitos muy poco atendidos por la doctrina penal.

Mi sorpresa fue mayúscula cuando, preocupado por cuestiones ambientales, y pensando que el tema me permitiría centrarme en el análisis jurídico de las mismas, comencé a descubrir la gran cantidad de problemas dogmáticos que estos delitos encierran.

El estudio de la jurisprudencia (en el que se centró la Tesina de licenciatura) me obligó a cuestionarme seriamente las bondades de unos tipos penales que, a mi juicio, permitían constantes resoluciones judiciales en las que los principios de proporcionalidad y culpabilidad quedaban seriamente en entredicho. En cuanto a éste último, y al margen del tratamiento de la prueba indiciaria -sumamente frecuente en el tratamiento procesal de estos delitos-, se llegaba a condenar por incendios en los que a duras penas podía hallarse relación causal alguna, haciendo que la posterior imputación subjetiva resultara difícil de justificar, y ello como consecuencia de la "vida propia" que el fuego parece cobrar a veces. En cuanto al principio de proporcionalidad se imponían penas elevadísimas ante hechos



que habían ocasionado escasos daños, alegándose en su justificación la presencia de peligro para la vida de personas, pero sin entrar en la inmensa mayoría de los casos a concretar ese peligro. La estructura de los tipos de incendio bajo la regulación de anterior Código favorecía enormemente estas resoluciones al referir los incendios a lugares concretos, normalmente edificios.

La búsqueda de una explicación a estos problemas desvió enseguida mi atención de los incendios forestales hacia las cuestiones generales que afectaban al conjunto de la regulación de los delitos de incendio. Tras un primer estudio del conjunto de la problemática que estos delitos encierran aprecié que el problema de la consumación era crucial, existiendo al respecto posiciones muy diversas, algunas de las cuales favorecían claramente las vulneraciones del principio de proporcionalidad antes denunciadas.

Esencial para resolver el problema de la consumación en los delitos de incendio es saber previamente a que nos estamos refiriendo, es decir, cuándo estamos en presencia de un incendio. Así, ya en la Tesina centré el estudio de la jurisprudencia en aquellas cuestiones que podrían tener incidencia en lo que debiéramos entender por incendio a efectos penales.

Con la entrada en vigor del actual Código, y ya en relación directa con la elaboración de la Tesis doctoral, se hacía necesario reelaborar las ideas extraídas acerca del concepto de incendio tras el estudio de la jurisprudencia recaída bajo la vigencia de unas regulaciones que, formalmente al menos, difería bastante del tratamiento que de los incendios efectúa el nuevo Código. Esa reelaboración que comenzó con la pretensión de ser el comienzo de una Tesis que acabara tratando los principales problemas dogmáticos que

rodean la regulación de los delitos de incendio, ha terminado por constituir también el final de la Tesis, y ello en tanto que antes de llegar a él han ido apareciendo cuestiones que han llegado a ser más relevantes que el propio concepto buscado, y que era necesario tratar en profundidad por las implicaciones que parecían poder comportar para lo que al final se acabara por proponer como concepto penal de incendio, sobre todo si con tal concepto se buscaba facilitar una interpretación garantista del conjunto de las figuras de incendios que evitara en la medida de lo posible el rozar la vulneración de elementales principios penales.

Así, pareció oportuno a la hora del estudio de la evolución histórica de estos delitos, prestar especial atención a las tramitaciones parlamentarias de los diferentes Códigos, en la medida en la que de las mismas se podría seguramente extraer, incluso literalmente con suerte, lo que en cada momento histórico se entendiera por incendio. En ningún caso se ha encontrado una respuesta directa a la cuestión, pero no obstante sí que ha resultado sumamente esclarecedor al respecto el trabajo dedicado a tal estudio histórico. Búsqueda que se creía iba a encontrar mejores resultados en la tramitación del actual Código, y que pese a ser también extremadamente útiles los resultados obtenidos de su análisis sobre todo en orden a poder afirmar la continuidad de fondo en lo que se entienda por incendio, ha puesto de manifiesto la ligereza, por las razones de urgencia que fuera, con la que se atendieron numerosas enmiendas que apuntaban a solucionar problemas históricos, y que seguramente lo habrían hecho de haber contado con algún minuto más para ser defendidas.

Las incongruencias que se han generado como consecuencia de ello ha obligado a tener que hilar más fino a la hora de

proponer un concepto de incendio dentro del que tuvieran cobijo todas las referencias que el Código efectúa al mismo. Referencias que ya no se encuentran entre las faltas, ni entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni tampoco en sede de delitos contra las personas, donde tradicionalmente el incendio permitía calificar el homicidio como asesinato; si bien sí permanecen en sede de delitos de daños, así como también se encuentra alguna referencia al verbo quemar dentro de los delitos contra el medio ambiente.

Esencial en la búsqueda del concepto perseguido es el determinar claramente los bienes jurídicos que acaban viéndose implicados en el conjunto de la regulación de estos delitos, y ello sin perjuicio de que para determinar el bien jurídico protegido por un tipo penal concreto haya que atender a la interpretación de sus términos típicos, en este caso también al de "incendio", que es el que precisamente se anda buscando. Así, tras el estudio de la jurisprudencia y de la evolución histórica, la seguridad colectiva, la vida, salud y/o integridad de las personas, la propiedad y el medio ambiente se presentaban como bienes jurídicos que de una forma u otra se veían protegidos en el conjunto de los delitos de incendio; y simultáneamente también se puso de manifiesto la incapacidad de cualquiera de tales bienes por separado para servir como definitorio de lo que fuera un incendio a efectos penales. Por el contrario, el peligro cobraba una relevancia especial en orden a la posible integración de todos y cada uno de los delitos (y faltas) que en los distintos Códigos aludían a los incendios.

En cuanto a los bienes jurídicos indicados resultaba necesario aclarar el entendimiento tanto de la seguridad colectiva, como del medio ambiente, en tanto que al ser

considerados normalmente como bienes jurídicos de carácter colectivo podrían ser las puertas de entrada que, mal entendidas, facilitaban las interpretaciones preocupantes indicadas.

El análisis de la seguridad colectiva por un lado, llevándome a tratar cuestiones de legitimidad democrática para poder fundamentar una concepción personalista de los bienes jurídicos que a la vez se hallara dotada de contenido social; y el surgir del pensamiento sistémico como consecuencia del estudio del medio ambiente como bien jurídico protegido por algunos tipos de incendio, acabaron por hacer que la Tesis cobrara "vida propia" y se orientara ya definitivamente a la determinación de lo que se debiera entender por incendio en nuestra disciplina.

No se va a encontrar respuesta directa en esta Tesis a muchos de los problemas dogmáticos que los delitos de incendio presentan, por cuanto su objeto se ha delimitado en los términos antes vistos. Por ello no se han llegado a considerar y resolver los problemas relativos a la consumación en los diversos tipos, a la problemática causal (muy amplia y variada), o a la determinación de las modalidades comisivas. Entiendo, no obstante, que ha merecido la pena el esfuerzo dedicado a la determinación del concepto de incendio, y ello porque el mismo, con los presupuestos y fundamentación que le acompaña (sin los que se posibilitaría una lectura radicalmente distinta), facilita enormemente la respuesta a todas esas cuestiones que quedan por resolver.



## ***Capítulo I***



**CAPÍTULO PRIMERO**  
**EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

Tratándose los delitos de incendio de una institución jurídica con raíces en el pasado es conveniente un análisis histórico de la misma. En el presente caso este estudio se orienta a obtener datos acerca del origen y evolución de la regulación penal de los incendios. Con los mismos, la interpretación de la actual regulación de estos delitos podrá sin lugar a dudas salir notablemente enriquecida, comenzado por ayudarnos a determinar qué debamos entender por incendio.

No obstante, y pese a constituir los incendios una figura delictiva ya presente en tiempos remotos<sup>1</sup>, no voy a remontarme sino hasta el siglo pasado en la búsqueda de los precedentes del Derecho vigente en esta materia. Así, será la época de la codificación penal la que acaparará mi atención; si bien, después de referirme al Derecho en vigor en el período inmediatamente precedente al codificador; y esto fundamentalmente debido a la circunstancia histórica del reinado de Fernando VII, bajo cuya década ominosa se paralizó todo intento liberal de codificación, regresando

---

<sup>1</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio en el Ordenamiento Penal español, Barcelona 1982, pp. 1 y ss.



por tanto, y si es que alguna vez tuvo vigencia el CP de 1822, a regir el Derecho penal histórico español, a saber: en esencia la Novísima Recopilación , y las Partidas como Derecho supletorio<sup>2</sup>.

## **1. - DERECHO PENAL "HISTÓRICO" ESPAÑOL**

### **1.1 - La Novísima Recopilación**

Siendo, como acabo de decir, la Novísima Recopilación el principal cuerpo de Leyes en vigor en aquellas fechas, conviene comenzar señalando que no existe en tal Recopilación ningún Título dedicado expresamente a los delitos de incendio; tan sólo el artículo 3 de la Ley 11, Título XV, Libro XII está dedicado íntegramente a estos delitos:

"En los fuegos aplicados de intento á las casas, barracas ó suertes de los colonos, en sus cercas,

---

<sup>2</sup> MARTÍNEZ ZATA, J.J.: "Jornadas de Estudio sobre la nueva reforma del Código Penal", en PJ, núm. especial XII, 1990, p. 13.

En parecidos términos se pronuncia Antón Oneca, al decir que volvió "... a imperar la situación anterior; o sea la Novísima Recopilación, los Fueros y Las Partidas, aunque con clara preferencia práctica de éstas sobre aquéllos." ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código Penal de 1822", en ADPCP, 1965, p. 275.

Tal preferencia práctica se desprende también de las siguientes palabras de Dorado Montero: "Todavía a principios de este siglo, estábamos nosotros rigiéndonos por la legislación de Las Partidas, que bien puede decirse han estado vigentes hasta la promulgación del Código Penal de 1848." DORADO MONTERO, P.: Problemas de Derecho Penal, --- 1895, p. 20.

plantíos, labrados y aperos de labor se impondrá también la pena ordinaria de muerte, además del resarcimiento del daño; bastando para su comprobación las pruebas privilegiadas como son la declaración del robado, siendo de buena fama, acompañado de otro testigo, adminículo o indicio vehemente."<sup>3</sup>

Esta Ley fue dictada por Carlos III en 1769 para favorecer el establecimiento de colonos en las nuevas poblaciones de Sierra Morena. Se trata , pues, de una Ley especial y excepcional en virtud de la cual, por tanto, no se pueden juzgar el resto de los incendios<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Si bien en otras Leyes de esta recopilación también se alude al fuego. Así, la Ley 5, Título XV, Libro XII, dictada en Guadalajara en 1390 por el rey Juan I, establece las penas que deben corresponder a los señores que hagan "fuerza" a los labradores, vasallos y familiares de sus contrarios, incluyendo dentro de tales "fuerzas" la quema de sus casas o mieses; supuesto éste para cuyo autor establece: "... padezca la muerte que debe padecer aquel que mata a otro sin razón y sin derecho." Aunque, de la lectura global de la Ley, no queda claro si tal pena se debía imponer por la mera quema, o si se requería que alguien resultara muerto.

También la Ley 9 del mismo Título alude a los incendios, si bien esta vez tan sólo en la rúbrica de la misma: "*Penal del que horadare o quemare casa, para matar o hacer maleficio a otro*". El texto de la Ley sólo habla del que "... forada casa, o ficiere lugar donde entre hombre a hacer maleficio, ...". Así, se puede entender que el fuego era uno de los métodos utilizados para abrir vías de entrada en las casas, tal y como se desprende de su mención expresa en la rúbrica citada.

Por último, la Ley 7, Título 21, también del Libro XII, manda: "... , que cualquier que, por matar a otro pusiere fuego en la casa, que aunque el otro no muera, demas de la pena que debe haber en el cuerpo, pierda la mitad de sus bienes, y sean para la nuestra Cámara." Considera García Goyena que este es uno de los casos en los que sin haber muerte son tenidos como verdaderos homicidios y castigados con la pena capital. GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal Español según las Leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés, t. II, Madrid 1843, pp. 31, 32 y 33.

<sup>4</sup> Ibid., p. 237.

## 1.2 - Las Partidas

Por lo que respecta a Partidas, no se encuentra en las mismas ningún Título dedicado expresamente a los delitos que nos ocupan; en cambio, sí se hacen algunas referencias a los mismos en el Título X de la Partida VII.

Así, en la Ley I de dicho Título X, tras dar un concepto de "fuerza" como la violencia hecha injustamente a quien no puede defenderse de ella<sup>5</sup>, pasa a distinguir entre dos especies de fuerza: con armas y sin armas. La primera, la fuerza armada, es la más grave y se corresponde con la que los romanos llamaban fuerza pública; la segunda en cambio, al ser realizada sin armas, es castigada con menor severidad y se correspondía con la llamada fuerza privada por los romanos<sup>6</sup>. Pues bien, dentro de los supuestos

---

No obstante, el propio García Goyena, y dentro de la misma obra (t. II p. 33), había manifestado: "Se dirá tal vez que aquella es una Ley especial para las nuevas poblaciones de Sierra Morena; pero dejando aparte que lo establecido para un caso suele por regla general extenderse a otros de la misma especie, nuestras leyes nunca han hablado de los incendiarios de casas, sin ordenar al mismo tiempo contra ellos la pena de muerte a fuego." De aquí el entendimiento que hemos visto efectuaba este autor en la nota anterior, al considerar que la pena corporal a la que aludía la Ley 7, Título 21, Libro XII de la Novísima Recopilación para el que incendia casas con la finalidad de matar aunque no lo consiga, no era otra que la pena capital.

<sup>5</sup> "Fuerza es cosa que es hecha a otro torticeramente, de la que no se puede amparar el que la recibe". Esta sería una transcripción/traducción literal del concepto que se da al comienzo de aquella Ley.

<sup>6</sup> GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal Español según ..., op. cit., t. I, pp. 221 y ss.

considerados como más graves, y calificados por tanto como casos de fuerza armada, se encuentran varias referencias a los incendios. Ya en la Ley I se alude a:

"El que, allegando gente armada, quema ó atenta á quemar ó robar algún lugar, nave, cosa ú otro edificio habitado, ó en que estén guardadas mercaderías ú otras cosas necesarias al uso de la vida".

En este supuesto es clara la presencia de armas, equiparándose el hecho consumado del incendio con la mera tentativa del mismo. También se otorga la calificación de fuerza armada al supuesto que recoge en segundo lugar la Ley III del mismo Título y Partida, a saber: pararse con armas y estorbar la extinción del incendio , o el desalojo de los efectos de la casa incendiada. Siendo el incendio también en el primer supuesto que contempla la citada Ley, el elemento central para una tal calificación:

"Cuando alguno hurta o roba algo de una casa incendiada, a menos que lo haga con intención de guardarlo para su dueño o que lo que se lleve sea madera porque esta puede dar pábulo al incendio".

Como se observa, ni el empleo de armas, ni siquiera la mera ostentación de las mismas son elementos presentes en este supuesto; lo cual no impide, sin embargo, que se incluya tal conducta dentro de las calificadas como de fuerza armada.

La pena correspondiente a estas conductas, así como a casi todas las incluidas bajo el concepto de fuerza armada,

viene prevista en la Ley VIII del mismo Título. Consiste tal pena en la deportación a una isla y en la pérdida de los bienes a favor del Rey en defecto de ascendientes o descendientes hasta el tercer grado; no obstante, si como consecuencia de alguna de las modalidades de fuerza armada resultara alguna muerte, el cabecilla, si lo hubiere, sería condenado a muerte.

Pese a lo anterior, la Ley IX regula específicamente, y de forma más grave, la pena a imponer a los que reunidos con armas pusieren fuego o mandasen ponerlo para quemar casas, edificios o mieses de otro. Distingue tal Ley según el incendiario fuere "fijodalgo o ome honrado", en cuyo caso la pena sería de destierro perpetuo; o bien, si se tratase de "ome de menor guisa o vil", supuesto éste en el que se ordena su muerte a fuego, llegando al extremo de mandar que se le arroje a las llamas del incendio que provocó en el caso de ser encontrado antes que el mismo se haya extinguido.

Como se habrá observado, las conductas que de forma específica respecto de otras fuerzas se penan en la Ley IX, no se corresponden con exactitud con las principales conductas incendiarias que dentro de los diversos supuestos de fuerza armada se regulan en la Ley I antes vista<sup>7</sup>; si

---

<sup>7</sup> Mientras que, según hemos visto, la Ley I, Título X, Partida VII, habla del incendio o intento de incendiar por parte de gente armada algún lugar, nave, casa u otro edificio habitado, o en que estén guardadas mercaderías u otras cosas necesarias al uso de la vida; en la Ley IX del mismo Título, a la hora de determinar las penas a imponer se alude a los que, también

bien, dada la defectuosa técnica legislativa que caracterizaba nuestras antiguas Leyes patrias, no se debe encontrar obstáculo en entender que las penas establecidas en la Ley IX eran aplicables a las correlativas conductas incendiarias descritas como fuerza armada en la primera de las Leyes del mismo Título X.

En cualquier caso, la redacción de las conductas descritas en la Ley IX a la a la hora de determinar las penas a aplicar son más amplias y pueden incluir sin excesivas dificultades a las descritas en la Ley I; así, mientras en esta Ley I se habla de edificio habitado o en el que estén guardadas "cosas" necesarias al uso de la vida, en la novena se alude sólo al término "edificio", sin ninguna otra exigencia, refiriéndose además al incendio de mieses.

En cualquier caso, estos son los únicos supuestos de provocación de incendios dolosos regulados en Partidas, y como fácilmente se puede deducir, en la medida en que requieren la presencia de gente armada, no pueden aplicarse a los supuestos más sencillos de mera provocación dolosa del incendio.

---

formando grupo de gente armada, pusiesen fuego o mandasen ponerlo en casas, edificios o mieses de otro.

### 1.3 - El Fuero Real

Así las cosas, y en defecto de la Novísima Recopilación y de las Partidas, procede acudir al Fuero Real. En el mismo tan sólo la Ley XI, Título V, Libro IV se refiere a los delitos que nos ocupan:

"Todo ome que a sabiendas mieses ajenas, o pan en eras, o casas, o monte quemare, quemen a él por ello, e peche todo el danno que ende viniere por prueba, o por iura de aquel que recibió el danno: et si por aventura fuer provado que mas levó por su iura que non perdió, pechelo todo doblado lo que demas levó;..."

Pero, recordemos que en estas páginas lo que se pretende es un estudio histórico limitado en el tiempo; tan sólo pretendo remontarme al estado de la regulación de los delitos de incendio en los comienzos de la codificación, por lo que, como se dijo al comienzo de este capítulo, el estudio del Derecho anterior a la codificación sólo interesa en la medida en que tras el CP de 1822 y hasta el de 1848 fue el Derecho vigente. Situados, pues, en estos años, es por fortuna fácil entender, que dado el relativo avance humanista de la sociedad, la pena que acabamos de ver se preveía en el Fuero Real para todo tipo de incendio doloso, sea éste de casas, monte o mieses, no era de recibo. Así, en 1843 García Goyena, refiriéndose a la mencionada Ley XI escribía:

---

"Esta ley no se halla en uso y observancia, ni merece tenerla por su excesiva dureza, pues comprende en la misma pena todos los casos de incendio malicioso, pudiendo variar tanto su gravedad."<sup>8</sup>

#### **1.4 - El Fuero Juzgo**

Llegados a este punto todavía no hemos encontrado la Ley o Leyes que en la primera mitad del siglo XIX, hasta 1848, sirvieran para regular los delitos de incendios dolosos.

Tomando en consideración las palabras de D'Boys en su "Historia del Derecho penal en España", en las que alude a cómo el Fuero Juzgo era consultado con posterioridad al Fuero Real e incluso a las Partidas<sup>9</sup>, procede exponer la regulación que de los incendios efectuaba este antiguo cuerpo legal.

Sorprende en primer lugar el que, al contrario que en los cuerpos legales que se acaban de comentar, se dedique

---

<sup>8</sup> GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal Español según ..., op. cit., t. II, p. 238.

<sup>9</sup> D'BOYS: Historia del Derecho penal de España, Madrid, 1872, p. 20.

No obstante, no es pacífica la opinión acerca de la vigencia del Fuero Juzgo a principios del siglo XIX. En sentido contrario a tal vigencia se manifiesta García Goyena, aludiendo a que la Ley III, Título II, Libro III de la Novísima Recopilación no habla del Fuero Juzgo, sino del "Fuero de las Leyes y de los Fueros municipales". Si bien, el citado autor, acaba finalmente por referirse en su obra a la regulación del Fuero Juzgo, en la medida en la que una Real Cédula de 15 de julio de 1788 establecía la observancia del mismo. *Ibidem*.



un Título expresamente a los incendios, el II del Libro VIII, el cual lleva por rúbrica: "De las quemas y de los quemadores".

Este Título está integrado por tres Leyes:

I. De los que queman casas en cibdat ó fuera<sup>10</sup>.

II. De los que queman monte<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> "Todo omne que enciende casa aiena en cibdat, o fuera, préndalo el iuez, e fagalo quemar, e fagal fazer emienda de la casa que quemó, e del danno que y ovo de la buena daquel que la quemó. E aquel cuya era la casa yure, o diga por su sacramento, quanto avia en la casa delante omnes buenos quantos mandara el iuez, e non diga mas de lo que valia. E si despues que yuró, le pudiere seer provado que dice que perdiera mas de lo que non avia por algun enganno, quanto dixo demás péchelo en duplo al que facie la emnienda. E si por ventura el fuego quema otras casas, e segund la valia de las casas, partan entre si la buena daquel. E si alguna cosa fincare, pues quel sennor de la primera casa que fué encendida, ovier su emienda, e que diga otrosí cada uno dellos por su iuramiento lo que perdió. E si despues pudieren seer provados, que se periuraron, lo que levaron de mas péchenlo en duplo a aquel de quien lo levaron. E quien enciende la casa fuera de cibdat, entregue todo quanto se perdió en la casa y el precio de la casa al sennor de la casa, y el sennor de la casa diga ante testimonias lo que perdió. E si despues pudiere ser provado, que demandó mas, que non perdiera, péchelo en duplo a aquel quel devia fazer la emienda. E si el fuego quemó las otras casas derredor, si alguna cosa fincar de su buena daquel que las quemó, devense entregar daquello que fincó: e iuren lo que perdiéron delante omnes buenos. E si se periuraren, o iuraren mas, péchenlo en duplo, y el que encendió la casa reciba C. azotes por castigamiento. E si non oviere onde faga la emienda de suso dicha, sea dado por siervo daquel cuia era la casa. E si el siervo enciendiere casa en cibdat, o fuera de cibdat, sea dado por siervo a aquel cuya era la casa. E si el sennor lo quisiere librar, faga la emienda, y el siervo reciba demas CC. azotes, hy el sennor cuya era la casa iure lo que perdió. E si el sennor non quisiere fazer emienda por el siervo, dé el siervo que lo descabecen." Ley I, Título II, Libro VIII del Fuero Juzgo.

Se aprecia una contradicción, al establecer al principio de la Ley la pena de muerte a fuego tanto para el que incendia casa ajena: "en cibdat, o fuera"; y a mitad de la misma prever la pena de cien azotes para el que: "enciende la casa fuera de cibdat". Según García Goyena (op. cit., t. II, p. 239), en el original latino al principio de la Ley sólo se alude al incendio de casa: "in civitate".

III. De los que van en carrera, é fazen fuego<sup>12</sup>.

Por lo que respecta a la primera de estas Leyes, señalar que en la misma se castiga al incendiario de casas dentro de poblado<sup>13</sup> con la pena de muerte a fuego y con la obligación de resarcir los daños ocasionados. Daños que se establecerán en virtud de los objetos y el valor de los mismos que mediante juramento diga el perjudicado que se encontraban dentro de la casa incendiada. Tal juramento, caso de demostrarse falso, tiene como consecuencia la obligación de devolver el doble de lo que juró en exceso.

Para el supuesto en el que el fuego se extendiera y quemara otras casas además de la directamente incendiada,

---

<sup>11</sup> *"Si algun omne enciende monte aieno, o árbores de qual manera quier, préndalo el iuez, e fagal dar C. azotes, e faga emienda de lo que quemó, cuemo asmaren omnes buenos. E si el siervo lo fizo sin voluntad de so sennor, reciba C. e L. azotes, hy el sennor faga emienda por él, si quisiere; e si non quisiere, hy el danno fuere dos tanto, o tres tanto que el siervo non vale, dé el siervo por el danno, e sea quito."* Ley II, Título II, Libro VIII del Fuero Juzgo.

<sup>12</sup> *"Quien anda por camino, si quiere fazer fuego en algun campo por cozer de comer, o por se calentar, o por otra cosa, guardese que el fuego non vaya mas adelante que faga nemiga. E si se prendiere en restrojo o en paia seca, mátelo, que non cresca mas. E si por ventura el fuego cresciere mas, e quemare mies, o era, o vinna, o casa, o vergel, o otra cosa, aquel que lo encendió, porque se non fuardó, peche tento quantro valia la cosa que quemó."* Ley III, Título II, Libro VIII del Fuero Juzgo.

<sup>13</sup> *"El original latino dice in civitate; la versión castellana en cibdat: yo las tomo por población, pues que el espíritu de la ley es el mismo, ora se llame ciudad, villa o aldea ..."* GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal Español según ..., op. cit., t. II, p. 239. Entiende el citado autor que en este sentido se pronuncia la Ley XII, Título XV, Partida VII, cuando comienza diciendo: *"Enciendesse fuego a las vegadas en las Cibdades, e en las Villas, e en los otros lugares, de manera que se apodera tanto en aquella cas que comienza a arder, que lo non pueden matar a menos de destruyr las casas que son cerca della."*

se prevé que sus dueños sean indemnizados en función del valor de los daños ocasionados en cada casa.

En segundo lugar, también dentro de esta Ley I se regula el supuesto del incendio de una casa fuera de poblado, siguiendo el mismo esquema anterior respecto de la forma de tasar los daños, variando, eso sí, la pena a imponer, que en este supuesto se encuentra "limitada" a recibir cien azotes.

La segunda de las Leyes citadas establece únicamente la pena de azotes, si bien en este caso, y como ya anuncia la rúbrica de la misma, el objeto del incendio son los montes ajenos o los árboles.

Vemos, pues, cómo al contrario que en el Fuero Real, en el Fuero Juzgo se distinguía el incendio de casas en poblado del incendio de las mismas en despoblado, asemejándose este último, en cuanto a la pena, al incendio de montes u árboles.

Con todo, sigue pareciendo excesiva la pena de muerte a fuego para el incendiario de casas en poblado; no debemos perder de vista que estamos intentando encontrar las normas penales en materia de incendios que estuvieran en vigor en la primera mitad del siglo XIX.

En cualquier caso, esta distinción que efectuaba el Fuero Juzgo entre incendio de casas en poblado por un lado, e incendio de casas fuera de poblado y de montes por otro, podemos considerarla como un claro precedente de la necesidad de distinguir entre aquellos incendios que de

forma ineludible pongan en peligro bienes jurídicos personales y aquellos otros cuyo peligro se centre fundamentalmente en la propagación de las llamas a otros objetos materiales.

En esta línea se puede entender la interpretación que del término "casa", en el contexto de la primera de las Leyes del Fuero Juzgo vistas, efectúa García Goyena. Considera el citado autor que por concordancia con la Ley IX, título X de la Partida VII, anteriormente comentada, que habla de: "...quemar casas, o otro edificio, ...", y fundamentalmente por la enorme diferencia que existe entre un incendio en poblado y otro fuera de él, lo relevante no será que el edificio incendiado en origen sea necesariamente una casa, sino que bastará que dentro de una población se incendie cualquier edificio, se trate o no de una casa, dado que puede acontecer que se queme toda o gran parte de la población. Además, señala también el mismo autor, que de la referencia de la Ley a que la casa incendiada fuere ajena no conviene entender que el incendio de casa propia en poblado no está sancionada, antes al contrario la pena será la misma que si fuere ajena, dada que las consecuencias pueden ser igualmente funestas en ambos casos; a lo que añade el argumento de considerar tal proceder como signo de locura o malicia no previsible por

el legislador: "y non se fazen leyes sobre cosas que pocas veces acaescen" (Ley XXXVI, Tit. XXXIV, Partida VII)<sup>14</sup>.

Con tales argumentos se observa que por encima de la propiedad ya se consideraba que son otros fundamentalmente los bienes jurídicos contra los que algunos incendios atentan.

En otros supuestos, como el incendio de árboles o montes ajenos, que se recogen en la Ley II, Título II, Libro VIII del Fuero Juzgo (transcrita anteriormente en nota a pie de página), es más difícil el distinguir el bien jurídico propiedad de otros bienes puestos en peligro o lesionados por el fuego.

La relevancia en estos casos del bien jurídico propiedad hace que las relaciones con los delitos de daños sean complicadas, mucho más cuanto que nos encontramos ante la típica regulación eminentemente casuística de las recopilaciones. Así, según la Ley XXVIII, Título XV, Partida VII, si se ocasionan daños en árboles frutales o en vides las penas pueden llegar hasta la de muerte, siendo que como hemos visto, para el incendio de árboles de cualquier clase o de monte debíamos acudir al Fuero Juzgo, donde el castigo quedaba en la pena de azotes. Discrepancia ésta que ya observó García Goyena y que a su entender se debía resolver aplicando al incendiario de árboles frutales

---

<sup>14</sup> Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal Español según ..., op. cit., t. II, pp. 239 y ss.

el régimen punitivo más severo de los daños, con base en que tal incendiario:

"...no puede ser de mejor condición que el que de cualquier otro modo los corta ó destruye, puesto que el incendio es de suyo un nuevo delito, ó por lo menos circunstancia muy agravante de otro;..."<sup>15</sup>

### **1.5 - Los incendios imprudentes en los anteriores cuerpos legales**

Hasta este momento hemos visto lo que era el arsenal de normas a las que el operador jurídico de la primera mitad del siglo XIX podía acudir a la hora de enfrentarse a un caso de incendio intencional o doloso. Vamos a ver ahora cual era la situación normativa respecto de los incendios ocasionados por imprudencia. Siguiendo el orden, en cuanto a los cuerpos legales antes comentados, voy a empezar refiriéndome a la regulación de las Partidas, ya que sobre

---

<sup>15</sup> GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal Español según ..., op. cit., t. II, pp. 240 y 241.

Siendo lo importante la idea de lo íntimamente entrelazados que a lo largo de nuestra legislación penal se han encontrado los delitos de incendio y de daños, conviene en este caso concreto matizar las afirmaciones transcritas en el texto. Cuando la Ley XXVIII, Título XV, Partida VII, regula los daños en árboles frutales y en vides, distingue en orden a la pena, entre unos y otras. Así, sólo en el caso de los daños en parras o en viñas es cuando se puede llegar hasta la pena de muerte, no en el de los supuestos de daños en frutales. Por lo tanto, la solución propuesta por D. Florencio no parece aceptable, en la medida en la que el conflicto no se presentaba entre incendio de árboles por un lado y daño en árboles frutales por otro, sino entre incendio de árboles y daños en vides.

esta materia nada he encontrado en la Novísima Recopilación.

Dos Leyes hay en Partidas que aluden a los incendios imprudentes<sup>16</sup>. La primera de ellas es la Ley IX, Título X, Partida VII, vista con anterioridad a la hora de establecer la pena de los que hacían fuerza armada poniendo fuego a mieses o edificios.

En esta Ley se regulaban dos supuestos más, uno referido a los incendios ocasionales<sup>17</sup>, y el otro a los

---

<sup>16</sup> Si bien otras, aunque de forma indirecta, guardan una muy estrecha relación con el tema que nos ocupa. Este es el caso de la Leyes XI y XII, Título XV, Partida VII. La primera de ellas se refiere a supuestos en los que, por culpa del que cuida un horno, el fuego produce daños en los objetos de su interior:

LEY XI.- *"Como el daño que viniere a otro por culpa de aquel que tiene en guarda forno de pan, o de yesso, o de cal, es tenuto de lo pechar.*

*Cal, o yesso, o teja, o pan, o ladrillos, coziendo algund ome en forno, o fundiendo alfund metal, si se adurmiesse aquel que esto fiziesse, e se encendiesse el fuego, de manera que se perdiesse, o se menoscabasse aquello que estaua en el forno, tenuto seria este atal de fazer emienda del daño, e del menoscabo, que y auiniesse; porque fue en culpa en non guisar el fuego ante que se adurmiesse, de manera que non fiziesse daño a la cosa que se coziesse en el. Esso mesmo seria, si el daño auiniesse por su culpa en otra manera, non pensando del forno assi como deuia."* Ley XI, Título XV, Partida VII.

Por su parte, la Ley XII se refiere a los supuestos en los que es necesario derribar casas para impedir la propagación del fuego; no viniendo limitada la aplicación de la misma a los incendios originados por imprudencia:

LEY XII.- *"Como aquel que derriba la casa de su vezino, por miedo que ha que verna fuego a la suya, non es tenuto de pechar el daño que fiziesse por tal razón.*

*Enciendesse fuego a las vegadas en las Cibdades, e en las Villas, e en los otros lugares, de manera que se apodera tanto en aquella casa que comiença a arder, que lo non pueden matar a menos de destruyr las casas que son cerca della. E porende dezimos, que si alguno derribasse la casa de alguno otro su vezino, que estuuiesse entre aquella que ardia, e la suya, para destajar el fuego, que non quemasse las suyas, que non cae porende en pena ninguna, nin es tenuto de fazer emienda de tal daño como este. Esto es, porque aquel que derriba la casa por tal razon como esta, non faze a si pro tan solamente, mas a toda*

imprudentes<sup>18</sup>; los cuales no queda claro si quedan limitados a los casos en los que previamente se diera fuerza armada, o si por el contrario eran de aplicación general. La rúbrica de esta Ley parece abonar esta última interpretación:

*"Que pena merefen los que con armas e con ayuntamiento de omes armados ponen fuego en cafas, o en mieffes agenas también ellos como los que vienen en fu ayuda, e los otros que lo acendieffen por ocafion, o de otra manera".*

Respecto al ocasional o accidental ninguna consecuencia, ni penal ni indemnizatoria, se deriva; en cambio si de un incendio culposo se tratare, sin haber tampoco sanción penal alguna, si que se establece la obligación de resarcir todo el daño ocasionado por la acción de las llamas. Referencia expresa se hace al supuesto en el que la culpa

---

*la Ciudad. Ca podria ser que si el fuego non fuesse assi destajado, que se apoderaria tanto que quemaria toda la Villa, o gran parte dell. Onde, pues que a buena entencion lo faze, non deue porende rescebir pena."* Ley XII, Título XV, Partida VII.

<sup>17</sup> *"... Pero si el fuego se encendiesse por ocasion, e non por culpa de otri, nin de los fazedores, estonce non serian tenudos de pechar el daño que el fuego fiziesse. ..."* Ley IX, Título X, Partida VII.

<sup>18</sup> *"... E si por aventura el fuego non fuesse puesto maliciosamente, mas fiziesse daño por culpa de alguno, como si fiziesse viento, e lo acendiesse en tal lugar, que por la fuerza del viento se acendiesse alguna casa, o miesses, o otra coxa, en que fiziesse daño; aquel que lo encendio en aquel lugar, o lo mando encender, es tenuto de pechar todo el daño que fizo el fuego, que vino por su culpa, non poniendo y la guarda que duiera poner, o acendiendolo en tiempo ventoso. ..."* Ley IX, Título X, Partida VII.



viene integrada por haberse encendido el fuego en un lugar donde soplara fuerte viento.

Supuesto éste que se repite en la segunda de las Leyes de Partidas antes anunciada, la Ley X, Título XV, Partida VII<sup>19</sup>, cuya rúbrica es ya un completo resumen de su contenido:

*"Como el que enciende fuego en tiempo de viento cerca de paja, o de madera, o de mies o de otro lugar femejante es tenuto de pechar el daño que ende viniere".*

Es significativa la repetición del supuesto de incendio imprudente, el cual como acabamos de ver aparece regulado tanto en el Título X ("*De las fuerzas*"), como en el XV ("*De los daños que los omes, o las beftias fazen en las cofas de otro de qual natura quier que fean*"). La consecuencia que ambas Leyes preveían es la misma, la indemnización del daño ocasionado<sup>20</sup>, no siendo relevantes otras diferencias que a

---

<sup>19</sup> *"Encendiendo algund ome fuego en alfund su rastrojo para quemarlo, porque fuesse la tierra mejor por ello; o por quemar algund monte, para arrancarlo, e tornarlo en lauor; o en algund campo, porque se fiziesse la yerua mejor; o acendiendolo en otra manera qualquier que lo ouiese menester, deue guardar que lo non encienda, si faze viento grande, nin acerca de paja, nin de madera, nin de oliuar, porque non pueda fazer daño a otro. E si por auentura esto non quisiere guardar, e el fuego fiziesse daño, tenuto es de fazer emienda dello a los que el daño rescibiessen: e non se puede escusar, maguer diga, que lo non fizo a mala entencion, por dezir, que quando lo encendio, que non cuydaua que se siguiesse ende daño ninguno."* Ley X, Título XV, Partida VII.

<sup>20</sup> Atendiendo a la Ley XVIII, Título XV, Partida VII, la valoración de la indemnización se efectuará con arreglo al mayor valor que la cosa incendiada hubiera tenido en los últimos treinta días, o en el último año de tratarse de animales.

primera vista pudiera parecer que las hicieran aplicables cada una a supuestos distintos. Tanto una como la otra podían venir en aplicación cuando el fuego se extendiera a casas o edificios, ya que pese a que en la del Título XV no se alude a tal supuesto de forma expresa (cosa que sí hace la del Título X), su redacción es muy genérica, refiriéndose a cualquier daño que el fuego hiciese.

En cuanto a la limitación que se pudiera derivar de la ubicación de una de estas Leyes dentro del Título dedicado a las fuerzas, ya se apuntó antes que debido a la redacción de la misma nada quedaba claro, además, parece difícil imaginar un supuesto donde dándose como primer requisito la presencia de un grupo de hombres "para fazer fuerza có armas"<sup>21</sup>, a continuación se pueda entender como ocasional el incendio que acontezca, culposo sería factible imaginarlo, pero accidental es difícil hacerlo; y lo que no podemos pretender es que el culposo venga referido a la presencia previa de gente armada y el meramente accidental no exija tal presupuesto, por lo cual deberemos concluir que ni en el caso del incendio ocasional ni en el imprudente habría sido necesario constatar previamente el "ayuntamiento" de hombres armados.

---

Obsérvese, por otro lado, como no se distingue lo más mínimo entre los daños ocasionados por el fuego en virtud del distinto grado de culpa originador de los mismos. El mismo tratamiento merece una culpa levísima que una lata. En este sentido se pronuncia García Goyena (op. cit, t. II, p. 235), estimando que los tribunales distinguirían convenientemente y no dejarían sin sanción los supuestos de culpa más grave.

<sup>21</sup> Ley IX, Título X, Partida VII.

Así , conviene señalar que aunque de entrada parecía lo contrario, el ámbito de aplicación de la Ley IX, Título X (fuerzas), es mayor que el de la Ley X, Título XV (daños), ya que la primera además de regular , junto con la segunda, el incendio producido por encender fuego en día de viento y cerca de materias combustibles (siempre considerados culposos por ambas Leyes), prevé también el supuesto en el que el incendio lo sea por puro accidente; y como acabamos de ver parece factible que tal supuesto fuera aplicable con carácter general y no limitado a los casos de fuerza previa.

Encontrando ya en Partidas la solución para los incendios imprudentes no sería necesario el seguir buscando en el Fuero Real ni en el Fuero Juzgo la regulación de tales supuestos. No obstante, y ante la eventualidad de que por algunos se estimara que las Leyes de Partidas antes vistas no fueran aplicables a todo incendio imprudente, sino sólo a aquellos cuya imprudencia se derivara de la presencia del viento, voy a proceder a exponer las normas que sobre los mismos se encuentran en los Fueros mencionados.

Así, la Ley XI, Título V, Libro IV del Fuero Real<sup>22</sup>, única de tal cuerpo legal que atiende a estos delitos y que

---

<sup>22</sup> "Todo ome que a sabiendas mieses ajenas, o pan en eras, o casas, o monte quemare, quemén a él por ello, e peche todo el danno que ende viniere por prueva, o por iura de aquel que recibió el danno: et si por aventura fuer provado que mas levó por su iura que non perdió, pechelo todo doblado lo que demas levó: et si alguna destas cosas ficiere por ocasion, peche el

ya vimos al tratar de su modalidad maliciosa, concluye en su inciso final con la misma solución vista antes, la de la mera indemnización para los casos en los que el fuego se prendiera por "ocasión" en mieses, casas o montes.

Lo que debamos entender por "ocasión" no es fácil de determinar, no sé si en tal término deberíamos incluir el incendio puramente accidental<sup>23</sup>; en cambio si creo que encuentra clara acogida el imprudente, en la medida en que tal término se está contraponiendo, en el conjunto de dicha Ley, al incendio "a sabiendas"<sup>24</sup>.

Para concluir con la regulación de los incendios imprudentes hay que referirse a la Ley III , Título II, Libro VIII del Fuero Juzgo<sup>25</sup>. En ella encontramos una regulación expresa de algunos supuestos de incendios imprudentes. En los supuestos que caen bajo la cobertura de esta Ley, tras el intento de evitar que el fuego crezca, si no se consigue controlarlo, no habrá otra "sanción" que la de indemnizar "tanto cuanto valía la cosa que quemó".

---

danno a bien vista de omes buenos puestos por el alcalde, e non aya otra pena." Ley XI, Título V, Libro IV del Fuero Real.

<sup>23</sup> Lo cierto es que cuando la Ley IX, Título X, Partida VII, alude al incendio por ocasión, lo matiza a continuación diciendo: "..., e no por culpa de otri, ..." Pero también es cierto que tal Ley a continuación distingue las consecuencias que se derivan del incendio ocasional (ninguna), y del culposo (indemnización), distinción que en la Ley del Fuero Real que ahora comentamos no aparece.

<sup>24</sup> Vid. supra, en nota pie página: Ley XI, Título V, Libro IV del Fuero Real.

<sup>25</sup> Vid. supra, en nota pie página: Ley III, Título II, Libro VIII del Fuero Juzgo.

He apuntado que esta Ley III regula la imprudencia, pero sólo en algunos supuestos de incendios, así, aunque en el texto de la misma se alude al incendio de casas, no debemos entender que todo incendio imprudente de las mismas tenía acogida en el precepto. La norma parte de la premisa de un fuego hecho en un campo mientras se va de camino. Por tanto, no parece aplicable al resto de incendios cuya comisión hubiera tenido como origen el descuido. Con todo, esta Ley sí que ya no encontraría campo de aplicación ante la cobertura por la Ley antes vista del Fuero Real de las posibles lagunas que en sede de incendios culposos pudieran encontrarse en Partidas.

## **2 - ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL**

### **2.1 - El supuesto Código penal del s. XVII**

Acabamos de ver las distintas Leyes a las que, a falta de un Código en materia criminal, todavía el siglo pasado, se veían obligados los jueces y tribunales a acudir para complementándolas con su arbitrio, sobre todo en orden a la penalidad aplicable, perseguir las diversas conductas incendiarias.

La dificultad que representaba tal sistema de proliferación y recopilación de Leyes es evidente, así se sucedieron varios intentos, tanto públicos como privados, de realizar una correcta sistematización del ingente arsenal de normas jurídicas existentes. En materia criminal conviene hacer referencia además de a la conocida propuesta del Marqués de la Ensenada a Fernando VI para llevar a cabo una Recopilación en materia criminal: "Código Ferdinandino", y a título de ejemplo, a un supuesto Código Penal del siglo XVII; siendo el calificativo de "supuesto" más que generoso, pues, como muy acertadamente indica el profesor Juan del Rosal: "no constituye un código, ni siquiera un remoto intento de codificación."<sup>26</sup> Se trata, sin más, de una Recopilación que tuvo buena acogida en su momento por el prestigio de su autor, Francisco de la Pradilla Barnuevo; el cual en el año de 1621 publicó su "Sistema de todas las leyes penales, canónicas, civiles y destos reynos, de mucha utilidad, y provecho, no sólo para los naturales dellos, pero para todos en general".

En lo que aquí nos interesa el Capítulo XXXIII de la Parte 1ª "De todos los delitos", llevaba por rúbrica: "De los que ponen fuego y queman las Iglesias, casas, montes y mieses".

El contenido de este Capítulo según las palabras literales que de su autor transcribe el profesor Juan del

---

<sup>26</sup> ROSAL, J. del: "Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVII", en RGLJ, 1943, p. 640.

Rosal se integra por las diferentes penas con las que se castiga este delito "atento el ánimo y dolo del incendiario y la cosa y lugar a que se puso fuego; porque si fue con menos culpa de incendiario, menos pena merece. Y así fue a caso, y comenzo el fuego no por culpa y malicia suya, no tiene pena alguna, ni debe pagar la casa, aunque sea ajena", a lo que añade, en un intento de resumir el resto del contenido del Capítulo que en otro caso ha de pagar y además ser quemado, y si es hombre de calidad, ha de ser desterrado<sup>27</sup>.

Como se puede observar, lo que se acaba de transcribir encaja perfectamente con las distintas Leyes que hemos visto en el epígrafe anterior al tratar de la legislación previa a la codificación.

Codificación que no puede, en modo alguno, entenderse que tiene un precedente, ni siquiera remoto, en la Suma que ahora se comente, en la medida en la que lejos de toda idea de sistematización y de formulación de conceptos y estructuras generales aplicables a las distintas figuras delictivas concretas, lo único que en la misma encontramos es una mera recopilación, siendo la intención expresa de su autor la de que fuera lo más útil posible<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 629.

<sup>28</sup> Ibid., pp. 614 y ss.

## **2.2 - El Plan de Código criminal de 1787. Comparación con la Ciencia de la Legislación de Filangieri**

Distinto es el caso del plan de código criminal de 1787, en el cual, sobre la base de los trabajos de Manuel de Lardizábal, sí que se puede apreciar ya un método distinto de legislar, intentando sistematizar los distintos delitos según los diversos objetos protegidos<sup>29</sup>; los cuales se ven plasmados en los epígrafes de muchos de los Títulos en los que el plan se divide<sup>30</sup>. En el propio escrito que acompaña

---

<sup>29</sup> El recurrir al objeto protegido como criterio sistematizador parece deberse a la influencia de las ideas de Filangieri. Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787", en ADPCP, 1969, p. 331.

<sup>30</sup> Los epígrafes de los Títulos de la Parte I del plan, dedicada a los delitos y sus penas, que, en palabras del profesor Casabó Ruiz: "sorprenden por su modernidad", son los siguientes: Título I: De los delitos contra la Religión. Título II: De los delitos contra el Estado. Título III: De los delitos contra el orden público. Título IV: De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública. Título V: De los delitos contra la salud pública. Título VI: De los delitos de incontinencia, y contra la honestidad y contra la honestidad pública. Título VII: De los delitos contra la fe pública. Título VIII: De los delitos contra la policía pública. Título IX: De los delitos contra el Erario Real y contra el Comercio Público. Título X: De los delitos contra la vida y contra la persona de los particulares. Título XI: De los delitos contra la dignidad y honor de los particulares. Título XII: De los delitos contra la propiedad y bienes de los particulares. Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la ...", op. cit., pp. 332 y ss.

Por su parte, los objetos protegidos en virtud de los cuales Filangieri dividía de forma general los delitos son: "La divinidad, el soberano, el orden público, la fe pública, el derecho de las gentes, el buen orden de las familias, la vida, la dignidad, el honor, y la propiedad privada de todos los individuos de la sociedad". FILANGIERI, C.: Ciencia de la legislación, t. VII, 3ª ed., trad. de J. Rubio, Madrid 1822, p. 6.

Como contraste con los anteriores Títulos del plan de Código criminal de 1787 y con los epígrafes del libro de Filangieri, se pueden citar algunas de las rúbricas de los Capítulos en los que



al plan de Código criminal se alude expresamente a la pretensión de que el mismo sirva "para proceder con sistema y baxo de reglas fixas y constantes,..."<sup>31</sup>

Dentro del Título IV, y bajo la rúbrica: "De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública", nos encontramos con el delito de "amenazar a alguno con la muerte o incendio, si no da o hace lo que se le pide" y también con el de "incendiar casas, árboles, mieses, etcétera."<sup>32</sup>

No se desarrolla el contenido de los mismos, como tampoco se hace de ninguna otra figura delictiva, y es que, como expone el presidente de la Junta de Legislación<sup>33</sup>, Sr.

---

se dividía la Suma realizada en 1621 por D. Francisco de la Pradilla. Así, tras el Capítulo XXXII: "Del crimen del sacrilegio", el XXXII trata: "De los que ponen fuego y queman Iglesias, casas, montes y mieses"; para, dando un nuevo salto sin lógica alguna, versar el Capítulo XXXIV: "De los plagiarios, que son los que roban hombres libres". Vid. ROSAL, J. del: "Acerca de un supuesto ..., op. cit., p. 629.

<sup>31</sup> CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la ...", op. cit., p. 332.

<sup>32</sup> El contenido íntegro de los delitos que constituían este Título IV: "De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública", es el siguiente: -Sediciones y conmociones populares. -Salteamiento de caminos para robar, matar o forzar mujeres. -Vandos y parcialidades privadas con armas y alborotos. -Juntas ilícitas y clandestinas. -Esparcir voces que puedan turbar la tranquilidad pública. -Amenazar a alguno con la muerte o incendio, si no da o hace lo que se le pide. -hacerse justicia por su mano. -Entrar por fuerza y con violencia en casa ajena. -Traer armas prohibidas. -Incendiar casas, árboles, mieses, etcétera. *Ibid.*, p. 335.

<sup>33</sup> Según el profesor Casabó Ruiz, esta denominación de "Junta de Legislación" es una autocalificación como tal por parte de la propia Junta; lo cual, siendo que hasta entonces se había denominado Junta de Recopilación, puede dar pie a entender que se está resaltando "la especial naturaleza de la tarea realizada, que difería de la meramente recopiladora." *Ibid.* p. 329 en nota a pie de página.

D. Fernando de Velasco, en el escrito que acompañando al plan remitió al Conde de Floridablanca:

"...antes de ponerle en ejecución, ha creído la Junta deberle pasar a manos de V.E. para si fuese de su aprobación, y creyese de esta suerte quedaran debidamente cumplidas y satisfechas las intenciones de S.M. se pase desde luego a extender la Obra y ponerla en estado de poderla presentar concluida cuanto antes."<sup>34</sup>

No obstante, de la comparación entre la obra de Filangeri y el índice del Plan de Código Criminal de 1787, se pueden extraer algunas consideraciones interesantes. Así, lo primero que podemos observar es que en la obra de Filangeri las amenazas de incendiar y los incendios se encuentran en Títulos distintos, mientras que en el Plan de Código Criminal ambos delitos se hallan ubicados dentro del mismo.

Dentro de la "clase tercera de delitos", según la clasificación del autor italiano, cuyo objeto es (como acabamos de ver en una nota a pie de página) el orden público, los delitos los clasifica en varios Títulos, a saber: De los delitos contra la justicia pública; De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública; De los delitos contra la salud pública; De los delitos contra el comercio público ; De los delitos contra el erario público;

---

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 332.

De los delitos contra la continencia pública; y por último,  
De los delitos contra el orden político.

Pues bien, mientras que las amenazas de incendiar para así conseguir dinero, Filangeri las incluye en el Título de los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública; los delitos de incendio se ven ubicados dentro del Título siguiente dedicado a la salud pública, junto a delitos tales como: el contagio de la peste, la elaboración y venta de venenos y de sustancias abortivas, y la venta de alimentos viciados y mal sanos<sup>35</sup>.

Por la claridad de las ideas de Filangeri respecto de los incendios, oscurecida sobremanera a la hora de su plasmación positiva en los sucesivos Códigos, conviene transcribir literalmente sus palabras:

"El incendio directa o indirectamente causado es otro delito contra la salud pública. Este crimen se concibe contra las personas y las cosas, contra la vida y la propiedad. El incendio causado en un lugar público es mayor delito que el de una casa particular; el de una casa en una ciudad o en un lugar es más grave que el de una casa de campo; el de una viña o de un bosque sin comunicación es menor que el incendio de otro lugar donde puede dilatarse o extenderse. La ley, pues, debe distinguir el incendio que solamente puede dañar a aquel contra quien se dirige, de otro que

---

<sup>35</sup> Vid. FILANGIERI, C.: Ciencia de la legislación, op. cit., pp. 116 y ss.

puede dañar a un distrito entero, o a muchos de sus individuos. En el primer caso es menor el delito que en el segundo, ..."<sup>36</sup>

Por su parte, el Plan de Código Criminal de 1787 incluye las amenazas de incendios y los incendios mismos conjuntamente dentro de los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública<sup>37</sup>.

Pudiera pensarse a priori que, aplicando las actuales categorías de delitos de lesión y de peligro, la distinción efectuada por Filangeri al incluir por un lado las amenazas de incendio dentro del Título dedicado a la tranquilidad y seguridad pública, y por otro los incendios en el de los delitos contra la salud pública, obedecía al entendimiento de la naturaleza de peligro de las primeras frente a la de lesión de los segundos. No obstante, de la lectura de las páginas en las que el citado autor nos explica la necesidad de castigar los delitos contra la salud pública, la conclusión que se extrae de forma clara es que no está pensando en castigar al que contagia a otro la peste, ni al que vende un veneno con el cual después se mata a alguien o se practica un aborto, ni al que por vender alimentos en mal estado ocasiona una epidemia de efectos desoladores, ni por tanto tampoco al que provoca un incendio que ocasiona

---

<sup>36</sup> *Ibid.* pp. 120 y 121.

<sup>37</sup> Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la ...", op. cit., p. 335.

tales o cuales daños, o más o menos víctimas. De hecho, como se observa en la anterior transcripción literal, Filangeri propone distinguir los incendios en función de las mayores o menores consecuencias lesivas que los mismos hubieran "podido" producir<sup>38</sup>.

Por lo que respecta a las amenazas de incendiar, la referencia a las mismas junto a otros delitos, la introduce Filangeri a modo de cláusula de cierre<sup>39</sup>; tal referencia cuesta trabajo integrarla coherentemente en esta sede, y es que, al comienzo de este título II: "De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública", el autor se encarga de dejar muy claro que todos los delitos que lo integran turban la tranquilidad y seguridad pública de forma directa, y no como consecuencia de una previa alteración de la tranquilidad y seguridad privada<sup>40</sup>. La amenaza a alguien de incendiar su casa o bienes si no se satisface una suma de dinero difícilmente puede turbar de forma directa la

---

<sup>38</sup> Vid. FILANGIERI, C.: Ciencia de la legislación, op. cit., pp. 116 y ss.

<sup>39</sup> "Finalmente, por no omitir ningún delito de los que se comprenden en este título, añadiremos los siguientes. Buscar dinero por medio de cartas o de cualquier otro modo con amenazas de matar o incendiar en caso de resistencia; esparcir falsos vaticinios o funestos presagios para atemorizar y seducir al vulgo crédulo; turbar la tranquilidad y seguridad pública, riñendo o echando mano a las armas en lugar y en un tiempo destinado a los negocios o diversiones públicas; preferir al medio pacífico y ordinario de la justicia y de las leyes, la violencia y la fuerza para ponerse en posesión de algunos bienes para recobrarlos o retenerlos; inspirar espanto y terror llevando consigo armas prohibidas. He aquí los demás delitos contra la tranquilidad y seguridad pública." *Ibid.* pp. 115 y 116.

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 106.

tranquilidad y seguridad pública; tan sólo si pensamos en la difusión de la amenaza y a la vez en la alta posibilidad de propagación del fuego debida a las particulares circunstancias de los bienes amenazados y de los que a estos rodean, se podría admitir esta afectación directa e inmediata de la tranquilidad y seguridad "pública".

Dando por reproducidas las anteriores consideraciones podemos, por un lado criticar la inclusión de las amenazas de incendio dentro del Título que el Plan de Código Criminal de 1787 dedica a los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública; y por otro, congratularnos con el profesor Casabó Ruiz<sup>41</sup>, por la inclusión de los delitos de incendio dentro de este Título, lo cual mejora la sistemática respecto de la seguida por el prestigioso autor italiano.

---

<sup>41</sup> Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la ...", op. cit., p. 335 en nota a pie de página.

### 3 - EL CÓDIGO PENAL DE 1822

#### 3.1 - Introducción. El miedo al fuego. Regulación sistemática

"Entre el código de 1822 y el del 48 hubo un largo interregno. El primero fue palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración. El segundo está más depurado de supervivencias y, compuesto con mayor reposo y en tiempos de mejor técnica, es más sistemático y de superior estilo. Pero se reconoce el parentesco en línea recta. Aunque entre una y otra obra las diferencias son enormes, bastantes preceptos del último se han inspirado en el Cuerpo legas del 22. Y, en cuanto el vigente es el del 48 reformado, no podremos conocer a fondo algunas de las normas en vigor sin profundizar hasta sus raíces en aquel período constitucional de 1820 a 1823."<sup>42</sup>

Estas líneas de Antón Oneca justifican por sí la necesidad de detenernos especialmente en el análisis de los Códigos penales de 1822 y de 1848, en ellos vamos a encontrar las principales razones de una regulación de los delitos de incendio que había permanecido casi inalterada a lo largo de más de siglo y medio, y que tan solo últimamente, con el nuevo Código de 1995, ha experimentado un cambio relativamente importante.

---

<sup>42</sup> ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código penal de 1822", en ADPCP, 1965, p. 263.

La discusión en torno a la vigencia o no del Código de 1822, y pese a que de los trabajos de los profesores Casabó Ruiz y Álvarez García<sup>43</sup> se puede deducir claramente que sí la tuvo, no afecta a la importancia que se debe otorgar a éste, en puridad, nuestro primer Código penal.

Lo documentada que por fortuna se encuentra la elaboración del mismo, habiéndose manifestado sobre el Proyecto de 1821 que dio lugar al Código muchas de las Instituciones más relevantes del momento<sup>44</sup>, hace que podamos sumergirnos en las ideas de aquel momento histórico con una cierta fiabilidad.

---

<sup>43</sup> Cfr. CASABÓ RUIZ, J.R.: "La aplicación del Código penal de 1822", en ADPCP, t. XXXII, 1979, pp. 333 y ss. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: "Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822", en CPC, núm. 5, 1978, pp. 229 y ss.

En contra, o cuando menos muy reacios, a entender que el Código penal de 1822 llegó a estar en vigor: Cfr. ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código Penal de 1822", en ADPCP, 1965, pp. 263 y ss. ALONSO Y ALONSO, J.M.: "De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822, en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, Febrero 1946, pp. 2 y ss.

<sup>44</sup> Dejando a un lado los informes de algunos jueces y fiscales a título particular, así como de diversas asociaciones, entre las Instituciones informantes del Proyecto de Código penal figuran: "Tribunales: El supremo de justicia, el especial de las órdenes militares, la audiencia de Cataluña, la de Castilla la Nueva, la de Extremadura, la de Galicia, la de Granada, la de Mallorca, la de Navarra, la de Sevilla, la de Valencia y la de Valladolid. Universidades: Las de Alcalá, Cervera, Granada, Huesca, Orihuela, Osuna, Oviedo, Sevilla, Sigüenza, Valladolid, Zaragoza y Salamanca. Colegios de Abogados: Los de Barcelona, Cádiz, Granada, Oviedo, Pamplona, Zaragoza, Madrid y la Coruña." Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código penal, t. I, 1822, pp. 201 y 202.

Seguramente que otras Instituciones llegaron a emitir también sus informes sobre el Proyecto de Código; como ejemplo tenemos el de la universidad de Granada, que por emitirse y llegar a las Cortes fuera de plazo no fue tenido en consideración en los debates que en las mismas se llevaron a cabo al respecto. Vid. SAINZ CANTERO, J.A.: "El informe de la Universidad de Granada



Pues bien, si dentro de las Instituciones que informaron el Proyecto, y en orden a la humanización de las penas, las había más o menos progresistas, es lo cierto que cuando de los delitos de incendio se trataba, incluso las más moderadas, que tachaban a la Comisión redactora del Proyecto de excesivamente severa por las penas que sugería para muchos delitos, se quejaban y exigían sanciones más duras en algunos supuestos de incendios<sup>45</sup>. Esto nos puede dar una idea del miedo tan profundo que el fuego inspiraba en la mente de aquellos hombres. Hombres que incluso, lejos del arrebató propio del momento en el que las llamas están vivas, y encontrándose en un contexto de reflexión, embebidos en la racionalidad que la elaboración de un proyecto de Código debe suponer, seguían considerando que frente a los posibles desmanes del fuego sólo la pena capital guardaba proporción.

Entrando ya en la regulación concreta que de los incendios se hacía en el CP de 1822, señalar que la

---

sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822", en ADPCP, t. XX, 1967, p. 509.

<sup>45</sup> Así, las audiencias de Valencia, Sevilla y Madrid, y el Colegio de abogados de esta última, consideran que hay indulgencia en las penas de los incendios. Cfr. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, pp. 210 y 211. Si bien, tal opinión de la audiencia de Valencia no nos sirve en este caso, y esto en tanto que dicha audiencia en las observaciones generales que vertió en su informe al Proyecto de Código, ya consideraba que se economizaba demasiado la pena de muerte. Cfr. Diario de las discusiones..., op. cit., t. I, p. 204.

singular sistemática<sup>46</sup> de este Código tiene repercusiones directas en los delitos que nos ocupan. Así, parte de las conductas incendiarias sancionadas penalmente se encuentran reguladas en los artículos 343, 345 y 349, dentro del Capítulo VII: "De las cuadrillas de malhechores, y de los que roban caudales públicos, ó interceptan correos, ó hacen daños en bienes ó efectos pertenecientes al Estado ó al común de los pueblos"; del Título III: "De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público" de la Parte primera: "De los delitos contra la sociedad"; mientras que el resto de esas conductas incendiarias encuentran su ubicación dentro de la Parte segunda del Código: "De los delitos contra los particulares"; por un lado en el artículo 641 dentro del Capítulo I: "Del homicidio, envenenamiento, castración y aborto, y de los que incendian para matar", del Título I: "De los delitos contra las personas"; y por otro lado en los artículos 787 y siguientes en el Capítulo VIII: "De los incendios y otros daños", del Título III: "De los delitos contra la propiedad de los particulares".

---

<sup>46</sup> Consta el CP de 1822 de un Título preliminar (artículos 1 a 187), que sería el equivalente a la actual parte general; así como de dos Partes, la primera: "De los delitos contra la sociedad" (artículos 188 a 604), y la segunda: "De los delitos contra los particulares (artículos 605 a 816); careciendo de regulación las faltas.

### **3.2 - De los incendios en bienes públicos. Problemática concursal en caso de muertes**

En cuanto a la regulación de los incendios que se efectúa en la Parte primera del Código, ésta se puede resumir en tres puntos:

1º. La conducta consiste en incendiar voluntariamente.

2º. La diferencia entre el artículo 343 y el 345 está únicamente, y al margen de las penas, en los objetos materiales que sean presa de las llamas<sup>47</sup>.

3º. En el artículo 349 se prevén unas agravaciones de las penas para aquellos supuestos en los que los hechos se hubieran llevado a cabo en cuadrilla, y también en función de si cuatro o más individuos de dicha cuadrilla hubieran o no hecho uso de armas<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Artículo 343 CP de 1822: "Los que voluntariamente incendiaren algún pueblo, templo, fortaleza, puerto, buque, arsenal, almacén, parque o depósito de víveres, armas o municiones, fábrica, puente, teatro, biblioteca, archivo, establecimiento de beneficencia, o de corrección o castigo, o cualquier otro edificio público perteneciente al Estado o al común de alguna provincia o pueblo, sufrirán la pena de trabajos perpetuos, cualquiera que sea su número."

Artículo 345 CP de 1822: "Los que voluntariamente incendiaren montes, arbolados, dehesas, bosques, heredades o cualesquiera otras fincas o posesiones pertenecientes al Estado o al común de alguna provincia o pueblo, fuera de las espresadas en el artículo 343, sufrirán las penas de diez años de obras públicas y deportación."

<sup>48</sup> Artículo 349 CP de 1822: "Si alguno de los delitos espresados en los cinco artículos precedentes, o en el 341, fuere cometido por una cuadrilla o reunión tumultuaria de personas que llegando a cuatro no pasen de cuarenta, y en que cuatro o más hayan usado de armas de fuego, acero o hierro, se aplicarán duplicadas a todos los reos indistintamente las penas prescritas en dichos seis artículos; a las cuales se aumentará sólo una cuarta parte, si se hubiere hecho uso de otras armas. A los cabezas,

Las anteriores agravaciones no afectan a los supuestos descritos en el artículo 343, por tener ya prevista este precepto la pena de trabajos perpetuos, no permitiendo expresamente el ahora comentado artículo 349 que como consecuencia de las agravaciones en él previstas se pueda pasar de tal pena.

En estos artículos encontramos la primera muestra de lo antes comentado; así, en el informe que el Colegio de abogados de Madrid presentó a la Comisión redactora del Proyecto se indica que se ha copiado en exceso el Código de Francia, excesivamente duro y proclive a la tiranía, y que no se aprecia bastante la vida de los españoles<sup>49</sup>; sin embargo, esta misma Institución a la hora de manifestarse de forma concreta acerca de los incendios de bienes públicos, sugiere que en esta sede sí se deberían seguir los dictados del Código francés, debiendo imponerse por tanto la pena de muerte<sup>50</sup>.

---

directores y promotores de la cuadrilla o reunión se les aumentará además una mitad del total de la pena que les corresponda; pero sin que ésta en ningún caso pueda pasar de la de trabajos perpetuos, no habiendo otro delito a que esté señalada la de muerte. Si no se hubiere hecho uso de dichas armas por cuatro o más individuos, los cabezas, directores y promotores sufrirán también una mitad más de las penas señaladas respectivamente en los seis artículos expresados, aplicándose las que estos prescriben a todos los demás reos sin distinción alguna, con el aumento de dos a seis años de reclusión conforme al artículo 339."

<sup>49</sup> Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. I, p. 207.

<sup>50</sup> Lo cual hizo que desde la Comisión, a la hora de valorar ante las Cortes los informes recibidos sobre el texto del Proyecto, y en contestación a las observaciones del Colegio de abogados de Madrid sobre este punto, se indicara lo siguiente: "Tenga presente el congreso, que este colegio fue uno de los que en las

Otras observaciones interesantes que se pueden extraer de los informes y ulterior discusión sobre estos preceptos, guardan relación con la problemática que hoy calificaríamos de concurso de delitos/concurso de leyes. Así, frente a la puntualización llevada a cabo por alguna audiencia señalando que no se prevé el caso en el que concurra alguna muerte a consecuencia del incendio de bienes públicos<sup>51</sup>, desde la Comisión se contesta que tal supuesto se trata más adelante en sede de delitos contra las personas, ya dentro de la Parte segunda del Código. Si bien, entiendo que esto no es así, en la medida en la que en el artículo 609 del CP de 1822<sup>52</sup>, al establecer las circunstancias que califican un homicidio en asesinato, lo que se castiga es la muerte de otro buscada directamente a través del fuego, no el que se produzca la muerte de alguien a consecuencia de un incendio, que es el supuesto al que parece referirse la observación de la audiencia de La Coruña.

De hecho, tal observación encuentra de forma indirecta respuesta al contestar el señor Calatrava, en su calidad

---

observaciones generales dijeron que la comisión no miraba bastante por la vida de los españoles, y al fin resultará que tal vez la comisión no propone la pena de muerte en tantos casos como quisiera el colegio." Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 211.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Se trata de la audiencia de La Coruña.

<sup>52</sup> Artículo 609 CP de 1822: "Son asesinos los que maten a otra persona no sólo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: ... Quinta: con la explosión o ruina de materiales preparados para el asesinato; o con fuego que para matar a la persona se ponga en la casa o sitio en que se halle. ..."

de miembro de la Comisión, al informe emitido por Don Pedro Bermúdez<sup>53</sup>, en el que pedía la pena de muerte para el incendiario del artículo 347 del Proyecto (343 CP 1822), con base en la comparación que efectuaba con la regulación de los incendios por parte del mismo Proyecto en sede de delitos contra la propiedad de los particulares, que en breve comentaremos. Explica el señor Calatrava que en tal sede sólo se impone la pena capital si resulta muerta alguna persona como consecuencia del incendio, pena, sigue explicando, que también se aplicará en los casos en los que lo incendiado sea un edificio público, "no por el incendio, sino por el homicidio."<sup>54</sup>

Por tanto, de las contestaciones a las dos cuestiones planteadas, -por la audiencia de La Coruña, y por Don Pedro Bermúdez-, podemos entender que en los supuestos de incendios de bienes públicos en los que resulte alguna persona muerta, se nos presenta, en terminología actual, un concurso aparente de Leyes penales; concurso que nunca deberemos resolver a favor de los preceptos que ahora se comentan (343 y 345 CP de 1822), sino bien optando por aplicar el artículo 609 (asesinato), cuando la muerte haya sido buscada intencionadamente, o bien aplicando los artículos 787 y ss, todos ellos del CP de 1822,<sup>55</sup> cuando

---

<sup>53</sup> Ministro de la audiencia de Galicia. Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. I, p. 202.

<sup>54</sup> Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 211.

<sup>55</sup> Vid. *infra* epígrafe I.3.3 y I.3.4.

una tal intención no fuera la que hubiera presidido la comisión del incendio<sup>56</sup>.

### **3.3 - El artículo 641: la regulación específica de tentativas contra la vida e integridad de las personas**

Pasando ya a la regulación que de los incendios se efectúa dentro de la Parte segunda del Código, y visto ya el supuesto del asesinato, nos encontramos con el artículo 641<sup>57</sup>, el cual, en sede de delitos contra las personas, como antes se refirió, sanciona con la pena de trabajos perpetuos al que ponga fuego en cualquier sitio con la finalidad de matar o lesionar al que allí se encuentre, e independientemente de la efectiva consecución de la muerte o daños personales buscados<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Existe una tercera opción en cuanto a las posibles soluciones que con el CP de 1822 en la mano se pueden dar al supuesto planteado, en el que alguna persona muera como consecuencia de un incendio voluntario. Se trata de la aplicación del artículo 641, cuando la intención al provocar el fuego hubiera sido la de lesionar; artículo, que como en seguida se verá, es muy polivalente, y tal vez por eso bastante distorsionador.

<sup>57</sup> Artículo 641 CP de 1822: "El que voluntariamente, a sabiendas, y con el fin de matar a otro o hacerle otro daño en su persona, ponga fuego en casa, habitación o sitio en que se halle el acometido, aunque no llegue a causar la muerte ni el daño que se proponga, sufrirá la pena de trabajos perpetuos."

<sup>58</sup> También aquí se pone de manifiesto el rigor con el que algunas de las Instituciones informantes del Proyecto entendían que debían castigarse los incendios; así, tanto la audiencia de Valencia, como el Ateneo español propusieron se aplicara la pena

Podemos ,pues, entender este precepto como la regulación específica de una tentativa de asesinato mediante el empleo de fuego, que de no estar expresamente regulada debería sancionarse con arreglo a lo previsto en los artículos 5, 7 y 104 del mismo Código, con una pena bastante inferior a la de trabajos perpetuos que hemos visto prevé el artículo 641, como es la de 10 a 20 años de obras públicas<sup>59</sup>.

Siendo así, conviene fijarnos en lo señalado unas líneas más arriba, cuando desde la Comisión se decía que en el

---

de muerte a los supuestos regulados en este artículo 641. Desde la Comisión se les contestó con una pregunta: ¿Cuál (pena) se impondrá cuando el incendio cause la muerte de alguna persona? Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 388.

<sup>59</sup> Artículo 5 CP de 1822: "La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que dé principio a la ejecución del delito o la prepare."

Artículo 7 CP de 1822: "Por regla general, y excepto en los casos en que la ley determine expresamente otra cosa, la tentativa de una delito, cuando la ejecución de éste no haya sido suspendida, o no haya dejado de tener efecto sino por alguna casualidad, o por otra circunstancia independiente de la voluntad de su autor, será castigada con la cuarta parte a la mitad de la pena que la ley prescriba contra el delito que se intentó cometer; y si el acto que efectivamente se haya cometido para preparar o empezar la ejecución de este delito tuviere señalada alguna pena especial, se aplicará ésta también al delincuente."

Artículo 104 CP de 1822: "En los casos en que la ley imponga una parte la pena señalada a otro delito se graduarán estas partes por lo relativo a penas que no consistan en tiempo determinado, según las reglas siguientes. La pena capital se tendrá por equivalente a cuarenta años de obras públicas. La de trabajos perpetuos a treinta y cinco idem. ..."

Por tanto, la pena para la tentativa de asesinato, fijándonos sólo en la pena de muerte, y dejando aun lado la de infamia que también prevé el artículo 609 para el asesinato consumado, será la señalada en el texto; es decir, de 10 a 20 años de obras públicas, dado que como se acaba de ver el artículo 104 establece la equivalencia con la pena de muerte en 40 años de obras públicas, y el artículo 7, regulador con carácter general de las penas de los delitos en grado de tentativa, establece para las mismas la imposición de la cuarta parte a la mitad de la sanción prevista para el delito consumado.



caso del incendio de un edificio público en el que resultara alguna muerte la pena a imponer, pese a no decirlo la regulación de tales incendios, sería, como consecuencia directa del homicidio, la pena capital. Pues bien, hemos de excluir en primer lugar que tal aseveración se refiera al supuesto en el que haya intención de matar, pues en tal caso el hecho habría de calificarse, caso de resultar la muerte buscada, y de acuerdo con el último inciso del artículo 787<sup>60</sup>, como asesinato, o en caso contrario con arreglo al artículo 641 (que hemos denominado como tentativa específica de asesinato); así pues, hemos de situarnos en sede de causación de muertes por imprudencia, los denominados en el CP de 1822 "homicidios involuntarios", que aparecen regulados fundamentalmente en los artículos 626 y 627<sup>61</sup>. El 626 regulaba lo que hoy

---

<sup>60</sup> Artículo 787 CP de 1822: "Cualquiera que con intento de hacer daño hubiere puesto fuego a alguna casa, choza, embarcación o cualquier lugar habitado, o a cualquier edificio que esté dentro de un pueblo o contiguo a él, aunque no esté habitado, o a materias combustibles puestas en situación de poder comunicar natural y ordinariamente el fuego a dichos lugares, será castigado con la pena de trabajos perpetuos; y con la de muerte si falleciere abrasada alguna persona, aunque no se hubiere propuesto abrasarla el incendiario. Si con este propósito hubiere causado la muerte por medio del incendio, será castigado como asesino."

<sup>61</sup> Artículo 626 CP de 1822: "El que mate a otro sin intención de matarle, pero con la de maltratarle o herirle, será reo de homicidio involuntario, y sufrirá la pena de ocho a catorce años de obras públicas, con destierro perpetuo del lugar del delito, y veinte leguas en contorno. Si lo hiciere de este modo, pero con alguna de las siete circunstancias que constituyen el asesinato, se le impondrá la pena de catorce a veinte y cinco años de obras públicas, con infamia e igual destierro."

Artículo 627 CP de 1822: "El que por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de algún arma, equivocación, contravención a las reglas de policía y buen gobierno, o por otra causa semejante que pueda y deba evitar,

llamaríamos homicidio preterintencional, y el 627 el puramente imprudente. En tales preceptos las penas eran de catorce a veinte y cinco años de obras públicas, infamia y destierro perpetuo, para el supuesto del homicidio preterintencional en el que concurriera cualquiera de las siete circunstancias cualificadoras del homicidio en asesinato, y por tanto, en el caso que nos ocupa; y tan sólo, comparativamente, arresto de tres meses a dos años y dos años más de destierro en el supuesto de homicidio imprudente sin intención de lesionar.

Por tanto, en ninguno de los supuestos de homicidio involuntario hallamos la pena de muerte a la que el señor Calatrava, de la Comisión redactora del Proyecto de Código, vimos aludía como consecuencia directa del homicidio, que no del incendio.

Hemos de entender, por tanto, que se trata de una pena específica para el supuesto de muerte involuntaria como consecuencia de un previo incendio; pena que, desde la Comisión redactora, parece entenderse aplicable a todos los supuestos de incendio pese a que tan sólo en la redacción del artículo 787 del Código aparece expresamente una tal previsión:

"Cualquiera que con intento de hacer daño hubiere puesto fuego a alguna casa,... será castigado con la

---

mate involuntariamente a otro, o tenga aunque involuntariamente la culpa de su muerte, sufrirá un arresto de tres meses a dos años, y otros dos años más de destierro del lugar del delito, y veinte leguas en contorno."

pena de trabajos perpetuos; y con la de muerte si falleciere abrasada alguna persona, aunque no se hubiere propuesto abrasarla el incendiario. ..."

No de otro modo puede entenderse la aseveración del señor Calatrava relativa a que caso de producirse alguna muerte da igual que el edificio sea uno de los que aparecen referidos en el artículo 800 del Proyecto (787 del CP de 1822), o uno de los edificios públicos a los que se refiere el artículo 347 del Proyecto (343 del CP de 1822).

En breves momentos entraré a tratar de estos incendios regulados en los artículos 787 y siguientes del CP del 22, dentro ya de los delitos contra la propiedad de los particulares, pero antes conviene volver un poco la vista atrás y comentar alguna otra implicación que se puede derivar del artículo 641. Este artículo no abarca sólo lo que hemos denominado como supuesto específico de tentativa de asesinato; si nos fijamos bien observaremos que de forma conjunta y unitaria está aludiendo tanto al supuesto de pretender la muerte de otro mediante el fuego, como a los de pretender lesionarlo en mayor o menor media. Y para todos estos casos la pena que prevé es la misma: trabajos perpetuos.

La consecuencia directa, y casi inevitable, de la equiparación entre estos incendios llevados a cabo con la intención de matar y los realizados con el fin de lesionar, es que las lesiones consumadas producidas por

---

medios distintos del fuego resultaban bastante menos sancionadas que la tentativa de las mismas mediante fuego. Así, el artículo 642<sup>62</sup>, siempre del CP de 1822, que es el que sanciona las lesiones más graves causadas voluntariamente, prevé una pena de ocho a doce años de presidio y destierro perpetuo; penas que se ven aumentadas a obras públicas de doce a veinte años, infamia y destierro perpetuo para el caso en el que concurra alguna de las circunstancias cualificadoras del homicidio en asesinato.

Como se aprecia, la pena de trabajos perpetuos prevista en la tentativa específica del artículo 641 es considerablemente más grave, tan sólo superada en gravedad por la pena capital<sup>63</sup>.

Por otra parte, se ha de recordar que la circunstancia quinta del artículo 609, regulador del asesinato, se

---

<sup>62</sup> Artículo 642 CP de 1822: "El que voluntariamente hiera, dé golpes, o de cualquier modo maltrate de obra a otra persona con premeditación y con intención de maltratarla, lisiándole brazo, pierna u otro miembro u órgano principal, o cualquiera parte del cuerpo, de manera que le produzca una enfermedad de por vida, o la pérdida de alguno de sus órganos o miembros, o una incapacidad perpetua de trabajar como antes, será castigado con ..."

<sup>63</sup> Artículo 28 CP de 1822: "A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados a los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. *Penas corporales.* Primera. La de muerte. Segunda. La de trabajos perpetuos. Tercera. ..."

Artículo 47 CP de 1822: "Los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso."

refiere expresamente al uso de "fuego que para matar a la persona se ponga en la casa o sitio en que se halle." Por tanto, y dado que, como ya se ha dicho, la pena de la tentativa específica del artículo 641 era, independientemente de que se hayan o no producido las lesiones perseguidas, de trabajos perpetuos, la sanción será siempre ésta<sup>64</sup>. Así pues, vemos como el lesionar a otro mediando una de las circunstancias del asesinato supone una agravación de las penas, pero si de la provocación de un incendio para lesionar se tratara, la agravación es notablemente mayor, e incluso aunque tales lesiones no llegaran a materializarse<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Artículo 113 CP de 1822: "En el caso de que algún reo haya de ser sentenciado por dos o más delitos, ... Si por un delito mereciere pena de trabajos perpetuos, y otras más leves por los demás, todas se refundirán en la primera, excepto las pecuniarias, las cuales se impondrán también al mismo tiempo."

<sup>65</sup> Un trato específico recibe también la circunstancia agravante cuarta del asesinato (artículo 609), referida al empleo de "sustancias o bebidas venenosas o nocivas". Con todo, y a diferencia de lo que para el empleo del fuego se previene en el artículo 641, tratándose del empleo de estas sustancias el Código penal de 1822 distingue diversos supuestos, fundamentalmente en función de si la intención era de matar o de causar alguna enfermedad, y en este segundo supuesto según qué resultado lesivo se hubiera producido. (Artículos 634 y 635 CP de 1822).

Interesante es también la regulación del artículo 636, que sanciona el mero hecho de preparar el veneno y, lo que más interesa en orden a futuros planteamientos relativos al concepto de peligro que se mantendrá a lo largo de este trabajo, el ofrecer a tomar el veneno sin que éste llegue a ingerirse.

### **3.4 - La regulación de los incendios dentro de los delitos contra la propiedad. Relevancia de los daños ocasionados**

La última sede en la que aparecen regulados los incendios en el CP de 1822 es al tratar de los delitos contra la propiedad de los particulares, en un Capítulo cuya rúbrica es: "De los incendios y otros daños".

Los artículos 787<sup>66</sup> y 788<sup>67</sup> sancionan conductas incendiarias consistentes en poner fuego con intención de causar daños en distintos objetos; objetos que son los que diferencian un artículo del otro. Mientras que en el primero se trata, en esencia, de lugares habitados o no , pero desde los que puede extenderse el fuego con facilidad a otros que sí lo estén; en el segundo se refieren lugares no habitados y sin el anterior peligro, así como materiales agrícolas y forestales, incluidos bosques y arbolados.

---

<sup>66</sup> Vid. *supra* en el epígrafe anterior el artículo 787 CP de 1822, en nota a pie de página.

<sup>67</sup> Artículo 788 CP de 1822: "Cualquiera que hubiere puesto fuego de intento para hacer daño a algún edificio no habitado, ni situado en pueblo o contiguo a él, o a minas de metales, así en sus obras interiores como en las exteriores, o a colmenas, establos, apriscos, zahurdas, o a mieses segadas o antes de segar, o pajares o pilares de heno, cáñamo o lino, o bosques, arbolados, plantíos, pilas de leña o de madera, o a materias combustibles puestas en situación de poder comunicar natural y ordinariamente el fuego a dichas cosas, será castigado con la pena de diez a veinte y cinco años de obras públicas; y en el caso de haber causado el incendio un perjuicio de cinco mil duros o mas, será la pena de diez años de obras públicas y deportación."

Al aludir el artículo 787 a lugares habitados , el mismo artículo prevé la pena correspondiente para el caso de que alguna persona fallezca, pena que como ya hemos visto en páginas anteriores es la de muerte.

Por su parte, el artículo 788, al regular el incendio de bienes en los que la posibilidad de daños personales no es tan evidente, diferencia las penas en función del perjuicio material finalmente ocasionado por el fuego.

Es de destacar que ambos artículos equiparan al hecho de incendiar sus respectivos objetos materiales, el poner fuego "a materias combustibles puestas en situación de poder comunicar natural y ordinariamente el fuego" a tales lugares o cosas.

Por lo que respecta al artículo 787, se puede apreciar una concatenación al aludir expresamente además de a los lugares habitados a "cualquier edificio que esté dentro de un pueblo o contiguo a él, aunque no esté habitado", y esto, en la medida en la que la referencia antes indicada relativa al incendio de objetos cuyo fuego pudiera normalmente propagarse a los lugares expresamente citados hace sancionables el incendiar unos materiales que puedan comunicar el fuego a un edificio deshabitado que a su vez pueda comunicarlo a otro habitado. La posibilidad de una "natural y ordinaria" propagación del fuego es la idea clave en la redacción de estos artículos.

Continuando con el artículo 787, y en tanto que entre los objetos a los que hace referencia alude tanto a chozas

como a edificios, es interesantísima la explicación que a una tal equiparación se da desde la Comisión redactora del Proyecto de Código:

"Aquí se habla de una choza habitada, y para el caso es lo mismo que un edificio, porque a lo que se atiende principalmente es al riesgo de las personas: al contrario el incendiar un grande edificio inhabitado y distante de población no es tan gran delito ni merece tanta pena."<sup>68</sup>

Así pues, incluso cuando de la regulación de los incendios en sede de delitos contra la propiedad se trata, la idea rectora es la del peligro que para las personas representan algunos fuegos.

Esta idea está también presente al regular determinadas conductas de daños en el artículo 791<sup>69</sup> del Código, y es la que justifica la imposición de las mismas penas que en los supuestos de incendio de edificios o lugares habitados<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 465.

<sup>69</sup> Artículo 791 CP de 1822: "Cualquiera que con intención de hacer daño socavare, minare o empleare cualquiera otro medio para derribar, arruinar, volar, anegar o destruir de otro modo edificio o lugar habitado, o llegare a causar alguno de estos efectos en todo o en parte considerable, será castigado con la pena de trabajos perpetuos, y con la capital, si por alguno de estos medios causare, aunque sin intentarlo, la muerte de alguna persona. ..."

<sup>70</sup> Así, frente a las observaciones efectuadas por el fiscal de la audiencia de Mallorca, en el sentido de entender muy graves las penas del artículo 791 (803 del Proyecto), "... si no resulta muerte o herida, y más si el lugar habitado no es mas que una choza"; desde la Comisión se contesta que: "Aunque sea una choza, es un lugar habitado y repito aquí debe atenderse principalmente a la maldad del reo y al riesgo de las personas. Lo que se propone en el párrafo 1º es lo mismo que está ya aprobado respecto del incendio, cuyo delito me parece igual a



Lo interesante de comparar lo establecido en este artículo 791 y en el anterior 787, es que al tratarse ahora del fuego como medio de realización de la conducta delictiva, se ve el legislador en la necesidad de concretar más la extensión que deben alcanzar los daños ocasionados para ser merecedores de tan graves sanciones. Y es que, cuando del fuego se trata, parece que el peligro que encierra se considera siempre el mismo, independientemente de la extensión del incendio. Esta sería la explicación de por qué en sede de incendios en el artículo 787 basta con poner fuego en los lugares allí señalados, y en cambio, en el artículo 791, tratándose de daños que afecten a edificios habitados, no se consideró suficiente la alusión a que tales daños afectaran a todo o parte del edificio, introduciendo una variación la Comisión a propuesta del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de fijar lo que se deba entender por "parte de un edificio", añadiéndose la palabra "considerable"<sup>71</sup>.

Enlazando con esta cuestión está la de la supuesta irrelevancia penal de los daños materiales producidos por el fuego. De todos los artículos que regulan los incendios en el CP de 1822, tan sólo el ya comentado 788, en sede de delitos contra la propiedad de los particulares, distingue la pena a imponer en función de si el perjuicio causado por

---

éste." <sup>70</sup> Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 467.

<sup>71</sup> Ibidem.

las llamas hubiera sido o no superior a una determinada cantidad<sup>72</sup>.

Así, desde los informes remitidos a la Comisión redactora del Proyecto, se interpela a ésta en varias ocasiones para que explique por qué se desatienden los daños causados. La respuesta en todas las ocasiones es la misma, la remisión al artículo 95 del Proyecto (93 del CP de 1822)<sup>73</sup>. Tal artículo regula el resarcimiento de todos los daños y perjuicios que hayan resultado del delito<sup>74</sup>.

Aunque de tales manifestaciones de la Comisión parece desprenderse que en la mayoría de los incendios los daños materiales no tienen ninguna relevancia en orden a las sanciones penales, esto podría verse contradicho por el comentario que el señor Calatrava, miembro de la Comisión, efectuó una de las veces en las que se remitió al resarcimiento civil para contestar al tema de la atención que se presta a los daños derivados de los incendios,

---

<sup>72</sup> Vid. supra. artículo 788 CP de 1822, en nota pie página núm. 66.

<sup>73</sup> Cfr. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, pp. 210, 211 y 466.

<sup>74</sup> Artículo 93 CP de 1822: "También se debe imponer de mancomún a los reos cómplices, auxiliadores y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar a unos más que a otros, como queda expresado, el resarcimiento de todos los daños, y la indemnización de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, así contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar lo satisfarán también de mancomún, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores. Del propio modo se hará en todos los casos la restitución libre de lo robado o sustraído, y la reparación de lo dañado, destruido o alterado, siempre que se pueda verificar."

aludiendo a la necesidad de establecer un margen considerable entre el *mínimun* y el *máximun* de las penas previstas "... porque puede haber mucha diferencia en el daño."<sup>75</sup>

Con todo, estas manifestaciones se efectúan precisamente al tratar del artículo 788 del Código, que es, como ya se ha dicho, el único que prevé penas distintas en función del perjuicio causado por el fuego<sup>76</sup>; por tanto, y dada la redacción del citado precepto, el margen de penas en el que, según la Comisión, debe influir la cuantía de los daños materiales ocasionados por el fuego<sup>77</sup>, será el que va desde los diez hasta los veinte y cinco años de obras públicas; y esto teniendo presente que de superar los perjuicios la cifra de cinco mil duros, la pena sería en todo caso de diez años de obras públicas y deportación.

Se puede, por tanto, mantener que en nuestro primer Código penal, en principio, la cuantía de los daños

---

<sup>75</sup> Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 466.

<sup>76</sup> Vid. supra. artículo 788 CP de 1822, en nota pie página núm. 66.

<sup>77</sup> Esto, sin tener en cuenta los supuestos previstos en el artículo 802 del Código, que en lo que se refiere al ahora referido artículo 788, suponen dejar fuera de toda relevancia a efectos de sanción penal la cuantía de los daños ocasionados en tales incendios.

Artículo 802 CP de 1822: "Si alguno de los delitos expresados en los artículos 788 ..., se hubiere cometido con violación de cerca, o en odio de algún funcionario público en calidad de tal, por resentimiento de sus providencias, aunque al tiempo de cometerse el delito hubiere dejado de ser funcionario, en cualquiera de estos dos casos se aplicará el máximo de la pena señalada respectivamente; y si concurren los dos casos juntos, se aumentará una cuarta parte sobre dicho máximo, tomando de este por base."

ocasionados por el fuego no era penalmente relevante en aquellos delitos de incendio en los que la principal razón de su regulación era el riesgo para las personas; siéndolo muy reducida, como se acaba de ver, en aquellos otros incendios donde tal peligro normalmente está ausente (artículo 788).

### **3.5 - Incendios por imprudencia**

Los últimos preceptos que el Código de 1822 dedica a los delitos de incendio, también en sede de delitos contra la propiedad de los particulares, son los artículos 789 y 790<sup>78</sup>; entre ambos, y de forma bastante descriptiva, se regulan distintos supuestos de incendios imprudentes.

---

<sup>78</sup> Artículo 789 CP de 1822: "Cualquiera que haciendo alguna roza o quema de tierra o de rastrojos o de pasto seco, o quemando cualquiera otra cosa, a menos de doscientas varas de distancia, desde el lugar en que se hiciere la quema, a edificios, mieses, bosques, arbolado o cualquiera otra cosa combustible, o a cualquiera distancia, haciéndose la quema en día de viento, o tirando fuegos artificiales, o disparando armas de fuego sin las debidas precauciones, hubiere causado incendio en las cosas ajenas, será castigado con la multa de veinte y cinco a quinientos duros."

Artículo 790 CP de 1822: "El incendio comunicado a la propiedad ajena por negligencia del dueño o del que cuida hornos, fraguas, chimeneas o de cualquiera otro lugar destinado a encender lumbre, bien consista la negligencia en la falta de limpieza, bien en la debilidad de la obra, bien en la poca vigilancia mientras está ardiendo el fuego, o en descuido en matarle, o bien en echarle pábulo con exceso, será castigado con la multa de ciento a doscientos duros. Con igual pena será castigado el incendio que se comunique a la propiedad ajena por falta del debido cuidado en el uso del fuego o de las luces."

Ya se planteó, en el informe que el Colegio de abogados de Cádiz remitió a la Comisión, la similitud entre estos dos artículos, hasta el punto de entender que el segundo era repetición del primero. Desde la Comisión se contestó, al igual que en otras muchas ocasiones, que se leyeran mejor ambos preceptos<sup>79</sup>.

Lo cierto es que ambos artículos responden a la misma problemática, enumerando diversos supuestos específicos de incendios imprudentes, el artículo 789 centrándose en el ámbito "rural" y el 790 en el "urbano". Con todo, y al margen de las penas -siempre de multa-, hay una diferencia notable entre ambos, y es la referencia última del segundo de ellos castigando de forma genérica cualquier incendio que se comunique a la propiedad ajena por falta del debido cuidado en el uso del fuego. Una tal previsión lo que viene a representar es, no que este artículo 790 sea repetición del 789, sino que por ella misma bastaría para cubrir todos los supuestos expresamente previstos en ambos preceptos.

### **3.6 - El incendio como agravante**

Como última cuestión a tratar dentro de la regulación que de los incendios se efectúa en el CP de 1822, hay que referirse al carácter de circunstancia agravante que a

---

<sup>79</sup> Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 466.

veces podían representar los mismos. En este sentido, y aunque en principio no lo parezca, no sólo es relevante la circunstancia sexta del artículo 106, referida al hecho de cometer el delito "en incendio", sino también la segunda basada en "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos."

En lo que respecta a la agravante de cometer un delito "en incendio", señalar primero que dicha agravante habla de cometerlo "con armas o en sedición, tumulto o conmoción popular, o en incendio, naufragio u otra calamidad o conflicto." en segundo lugar dejar claro que un tal incendio no tiene porque tener un origen delictivo. Tercero, manifestar que al contrario que en otras de las circunstancias agravantes, donde las observaciones vertidas en los informes que llegaron a la Comisión fueron abundantes, en esta todas las Instituciones y diputados manifestaron desde el primer momento su conformidad<sup>80</sup>.

En cuanto a la relevancia de la anteriormente citada circunstancia segunda en relación con los delitos de incendio, la misma se desprende de las manifestaciones vertidas en la discusión que tuvo lugar en las Cortes al

---

<sup>80</sup> Cfr. Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, pp. 341 y ss.

También se aprobaron sin discusión las circunstancias: 1ª: el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito. 5ª: el mayor número de personas que concurran al delito. Y 8ª: la superioridad del reo con respecto a otro a quien dé órdenes, consejos o instrucciones para delinquir, o le seduzca, instigue, solicite o provoque para ello. Todas ellas del artículo 106 del CP del 22, que es en el que se recogen las circunstancias agravantes genéricas.

tratar de dicha circunstancia. En dicho debate los delitos de incendio fueron puestos como ejemplo de delitos graves que se cometían con excesiva frecuencia, "... y como esta repetición extraordinaria exija también medidas algo más fuertes que las comunes, que en tales casos son insuficientes para refrenarla, de aquí es que no puede menos de ser considerada la mayor frecuencia de ciertos crímenes como circunstancia agravante para su castigo."<sup>81</sup>

En lo que en estos momentos interesa, de las anteriores manifestaciones conviene extraer el dato de lo frecuentes que eran los delitos de incendio y del carácter de gran problema social que tales delitos tenían en aquella sociedad.

#### **4 - LOS PROYECTOS DE 1830, 1831 Y 1834**

##### **4.1 - El Proyecto de Código criminal de 1830**

La derogación por Fernando VII en octubre de 1823 del CP de 1822 junto con el resto de la obra legislativa del Trienio Constitucional, no conllevó afortunadamente el abandono de la conciencia de necesidad de una legislación penal infinitamente más acorde con los tiempos que corrían.

---

<sup>81</sup> Vid. Diario de las discusiones..., op. cit., t. II, p. 345.

El primer intento serio de sacar adelante un CP fue el Proyecto que llevó a cabo la Junta nombrada por Real Orden del día 30 de abril de 1829, de la que era secretario Sainz de Andino, y que fue elevado al Gobierno el 7 de mayo de 1830.<sup>82</sup>

Dentro de su Libro primero (De los delitos y sus penas), el Título 15 llevaba por rúbrica: "De los incendiarios"; consta de trece artículos (184 a 196), que se pueden esquematizar o resumir en los siguientes puntos:

1.- El incendio de casas en poblado y de barcos se sanciona siempre con la pena de muerte "aun cuando no resulte de su incendio ninguna desgracia ni daño considerable".<sup>83</sup>

2.- El incendio de montes o árboles se castiga variando en función del daño causado, aunque de resultar alguna lesión importante para cualquier persona la pena se endurecía, llegando a imponerse la pena capital siempre que se produjera alguna muerte.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Cfr. CASABÓ RUIZ, J.R., El Proyecto de Código Criminal de 1830, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978, pp. 5 y ss.

<sup>83</sup> Artículo 185 del Proyecto de 1830: "El incendiario de casas u otros edificios en poblado, o de naves y buques de la Armada o del comercio, o de las lanchas y bajeles del servicio de los puertos, será castigado con la pena de muerte, aun cuando no resulte de su incendio ninguna desgracia ni daño considerable."

<sup>84</sup> Proyecto de Código Criminal de 1830:

Artículo 186: "En la pena de quince años de obras públicas incurre el incendiario de los montes públicos o comunes, de pinares, hayas, encinas, robles, u otros árboles rústicos, si el incendio hubiere llegado a causar daño cuyo valor se estime en cuatro mil ducados."



3.- Se prevé en artículos separados el incendio de mieses sin segar del de las ya recogidas, pero se les acaba imponiendo la misma pena.<sup>85</sup>

4.- Se regula por un lado el conato de incendio, manifestado por actos exteriores, que en principio parece aplicable a todos los supuestos de incendios -si bien recordemos que en el de casas en poblado y barcos no importaba para nada la cuantía del daño para entenderlos consumados-, y con mayor pena los fuegos que puestos en el campo hubieran llegado a prender y abrasar algunos árboles.<sup>86</sup>

5.- Se sanciona también con igual pena que a los incendiarios de mieses a aquellos que lo hacen en corrales

---

Artículo 187: "Pero cuando sea menor de esta suma el importe del daño, su autor, además de ser responsable a indemnizarlo, será castigado con diez años de obras públicas."

Artículo 188: "Siempre que del incendio resulte la muerte de alguno, se impondrá a su autor la pena de muerte."

Artículo 189: "Y cuando del incendio sólo resulte enfermedad habitual, o la fractura o pérdida de algún miembro, se impondrá a su autor la pena de diez años de minas o arsenales, además de ser responsable a los gastos de curación y alimentos del enfermo o herido."

<sup>85</sup> Proyecto de Código Criminal de 1830:

Artículo 191: "Al de mieses sin segar o existentes todavía en las heredades, se le impondrán diez años de obras públicas y el resarcimiento del daño."

Artículo 192: "Al incendiario que haya prendido fuego a las mieses en las hacinas o montones de las eras, pajares y depósitos, trojes o almacenes de granos, u otros cualesquiera frutos y efectos existentes fuera de poblado, se le impondrán diez años de obras públicas."

<sup>86</sup> Proyecto de Código Criminal de 1830:

Artículo 194: "El conato de incendio manifestado por actos exteriores se castigará con dos años de obras públicas."

Artículo 190: "El incendiario de arbolado, viñas y plantíos de cultivo cuyo fuego hubiese llegado a prender y abrasar algunos árboles, será condenado a seis años de obras públicas y a indemnizar el daño."

y almacenes fuera de poblado, pero nada se dice del incendio de edificios destinados a vivienda que estuvieran en esa misma situación, y esto pese a que en el artículo 184 que da comienzo al Título se consideran como incendiarios a quienes con ánimo deliberado ponen fuego a las casas, sin especificar si en poblado o fuera del mismo.<sup>87</sup>

6.- Por último, se distingue entre unos incendios ocasionados como consecuencia de actividades prohibidas o notoriamente peligrosas, en los que caso de resultar alguna muerte la pena aumenta considerablemente, y el resto de incendios ocasionados por negligencia o descuido en los que la pena es sólo de multa.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Vid. supra en nota a pie de página núm. 84 el artículo 192 del Proyecto de Código Criminal de 1830.

Código Criminal de 1830:

Artículo 193: "Al incendiario de parideras o corrales, y establos de cualquiera clase de ganados, se impondrá la pena determinada en el artículo próximo anterior."

Artículo 184: "Son incendiarios los que con ánimo deliberado ponen fuego a las casa, navíos u otros artefactos y edificios, o a los montes, a otros arbolados y plantíos, o a las mieses, a las hacinas, eras, pajares o cualquier otro depósito de granos y efectos."

Es indiferente para la gravedad de este delito y sus penas, que el fuego para prender sea el usual y se ponga muy inmediato, o que sea otra clase de combustible de los que prenden con mecha a alguna distancia."

<sup>88</sup> Código Criminal de 1830:

Artículo 195: "Los incendios ocasionados por ocuparse o divertirse con fuegos artificiales, con hogueras o de otra manera prohibida o notoriamente peligrosa, se castigarán con un año de obras públicas; pero si de esta clase de incendios resultase alguna muerte, se impondrá a su autor la pena de ocho años de obras públicas."

Artículo 196: "Cuando los incendios dimanen únicamente de negligencia o descuido, se impondrá a su autor una multa que no exceda de trescientos ducados, y será apercibido judicialmente, quedando además obligado al resarcimiento de daños."

#### 4.2 - El Proyecto de Código criminal de 1831

A la vez que secretario con voto en la Junta que redactó el Proyecto al que se acaba de hacer referencia, Sainz de Andino, en solitario, fue elaborando uno propio que elevó a la consideración del Monarca el 25 de mayo de 1831.<sup>89</sup> Frente a los 361 artículos de Derecho sustantivo que contenía el anterior Proyecto, éste constaba de 1202, dedicando desde el artículo 1073 al 1080 a los incendios; los cuales integraban el "Párrafo" primero de la Sección quinta (De los daños que se hacen a las propiedades particulares y en las cosas públicas o de común aprovechamiento), dentro del título 12 (De los delitos contra la propiedad y el uso y aprovechamiento de las cosas), del Libro 2º dedicado a: "los delitos en particular y sus penas respectivas."

Destaca en primer lugar el aumento del número de bienes cuyo incendio conlleva la pena capital, ya no sólo las casas en poblado y los barcos, sino también cualquier edificio o lugar destinado a habitación (urbano o rural),

---

<sup>89</sup> Cfr. CASABÓ RUIZ, J.R., El Proyecto de Código Criminal de 1831, estudio preliminar y edición., Murcia, 1978, pp. 2 y ss.

Es a este Proyecto al que se refiere el breve trabajo de CASTEJÓN CALDERÓN, R., publicado en 1943 en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo el título: "El Proyecto Sainz de Andino de Código Criminal de 1830", y no al que vimos antes, en el cual participó, como se dijo, Sainz de Andino como secretario.

almacenes, establos, cercas con ganado, mieses y arbolado.<sup>90</sup>

Eso sí, respecto del incendio del resto de objetos, como puede ser un montón de leña, la pena "sólo" es de "trabajos perpetuos y violentos"<sup>91</sup>, que claro está y como no podía ser de otro modo (además de por fortuna para el reo), se transloca en pena de muerte si por causa del incendio perdiera alguien la vida.<sup>92</sup>

Lo anterior se entiende siempre que no hubiera propósito de causar la muerte, pues de lo contrario se entendería

---

<sup>90</sup> Proyecto de Código Criminal de 1831:

Artículo 1073: "Los que voluntariamente y con intención de hacer daño incendiaren edificio urbano o rural u otro lugar destinado para habitación, aunque a la sazón no se hallase en él persona alguna; embarcaciones, depósitos de frutos y efectos cualquiera que sea su calidad; establos o cercas donde se hallen ganados o algún género de animales; las mieses secas ya se hallen pendientes o segadas y todo género de arbolado, sufrirá la pena de muerte."

<sup>91</sup> Proyecto de Código Criminal de 1831:

Artículo 1074: "El incendio hecho con voluntad y de propósito en montes bajos, plantíos, pajares, pilas de leña o madera u otro género de propiedad que no se halle comprendida en la designación del artículo precedente, se castigará con la pena de trabajos perpetuos y violentos."

Artículo 48: "Los reos condenados a trabajos perpetuos y violentos serán destinados a las posesiones Españolas de Asia o de América para emplearlos en las faenas más duras y penosas del servicio público que haya en el punto designado en su condena, sin dejarles más tiempo de reposo que el que sea absolutamente indispensable para que no peligre su vida."

Tanto en los trabajos como en el lugar de su encierro estarán separados de toda clase de personas, y llevarán constantemente grillete y cadena del mayor peso que sea compatible con el uso de los miembros de que han de valerse para el trabajo."

<sup>92</sup> Artículo 1075 del Proyecto de Código Criminal de 1831: "En el caso del artículo precedente; si por causa del incendio perdiera alguno la vida, sufrirá el incendiario la pena de muerte, aun cuando no fuera su designio hacer este daño."

como alevosa<sup>93</sup>, y por tanto, en virtud de las previsiones de los artículos 798 y 788 del mismo Proyecto, se castigaría como asesinato.<sup>94</sup>

Contiene también este Proyecto una disposición expresa para los incendios no consumados, si bien, me resulta bastante difícil comprenderla, ya que tras decir que se tiene que tratar de un fuego que pese a haber prendido no haya causado un incendio (posibilidad que se va a mantener como una de las piedras angulares de este trabajo), continúa exigiendo que se haya apagado sin causar ningún daño.<sup>95</sup> Seguramente el verbo prender se le "colaría" a Don Pedro.

Concluye este "Párrafo primero" con las previsiones para los incendios imprudentes, distinguiendo según medie o no contravención de leyes o reglamentos; y con una toma de

---

<sup>93</sup> Artículo 1076 del Proyecto de Código Criminal de 1831: "Cuando el incendio sea un medio con que de propósito se cometiere un homicidio, será considerado como reo de muerte alevosa."

<sup>94</sup> Proyecto de Código Criminal de 1831:

Artículo 798 párrafo 2º: "El que mata alevosamente es asesino."

Artículo 788: "Todo el que incurre en delito de homicidio cualificado será castigado con la pena de muerte, observándose en su ejecución con respecto a los parricidas y asesinos las disposiciones del artículo 38."

Artículo 38 párrafo 4º: "El traidor parricida y asesino serán conducidos al suplicio con túnica encarnada y los pies descalzos, llevando en las espaldas y en el pecho un cartel con el rótulo de, traidor, de parricida o de asesino, según fuere su delito."

<sup>95</sup> Artículo 1077 del Proyecto de Código Criminal de 1831: "En el caso de que el fuego que se prenda de propósito para causar un incendio no lo produjere y se apagaré sin haber causado daño alguno, se impondrá al incendiario la pena de diez a quince años de trabajos públicos en presidios y arsenales, y la deportación para después de cumplida aquella pena."

posición a favor de aplicar todas las normas vistas sobre incendios también cuando los bienes incendiados lo sean de aprovechamiento común.<sup>96</sup>

#### **4.3 - El Proyecto de Código criminal de 1834**

En junio de 1831, el día 16, una Real Orden nombraba una nueva Junta con la finalidad de revisar el Proyecto de Sainz de Andino. La oposición a tal Proyecto por parte de la Junta, de la cual formaba parte el propio Sainz de Andino, fue radical, elevando el 6 de noviembre del mismo año una comunicación al Rey en la que así se le manifestaba, contestando éste el día 21 que se le elevase consulta razonada de tal oposición, así como que juntamente se le propusieran las bases, orden y principios de lo que debería ser el futuro Código. En tal informe, elevado el 18 de enero de 1832, esta Junta se manifestó muy favorable a los trabajos que había realizado la anterior Junta nombrada

---

<sup>96</sup> Proyecto de Código Criminal de 1831:

Artículo 1078: "El que causare un incendio sin voluntad ni intención, por haber contravenido los reglamentos de policía rural o urbana, sufrirá de dos meses a un año de arresto y la multa de dos a diez mil reales vellón."

Artículo 1079: "Si por negligencia e imprevisión resultare un incendio de un acto que se pudiera practicar lícitamente, y no contuviese infracción de ley, reglamento, ordenanza ni bando municipal, será reprendido judicialmente el que hubiera dado lugar al incendio, y pagará la multa de quinientos a cuatro mil reales de vellón."

Artículo 1080: "Las disposiciones prescritas sobre el incendio son aplicables, ya sea que las cosas incendiadas sean de propiedad particular o de aprovechamiento común."

en 1829 y que concluyó con el Proyecto de 1830 ya comentado.<sup>97</sup> Así, en cuanto a la regulación que de los incendios vimos efectuaba el Proyecto de 1830, esta segunda Junta, en el dictamen que elevó a la Corona, se pronunció en el siguiente sentido:

"Tampoco se omite nada sustancial en el Título 15 "De los incendiarios" donde se ve siempre la justa adhesión de la primitiva Junta y nuestras sabias leyes, cuando la enormidad de los delitos no es ni puede ser variable por el mas largo transcurso de los años ni de los siglos. Por esto no se detiene en castigar con la pena de muerte al incendiario en poblado de casas u otros edificios, naves y otros buques de la Real Armada y del comercio o de las lanchas y bajeles del servicio de los Puertos, aun cuando no resulte ninguna desgracia ni daño considerable. Por lo mismo y de igual modo, siempre que del incendio resulte la muerte, impone a su autor esta misma pena. Pero cuando sucede tal desgracia por incendios ocasionados de fuegos artificiales, de hogueras u otra manera prohibida y peligrosa, la pena se reduce a ocho años de obras públicas y todos los demás incendios de arbolados, viñas, plantíos, mieses,

---

<sup>97</sup> Cfr. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la Codificación española, 5, Codificación penal, Volumen I, Madrid, 1970, pp. 209 y ss.

almacenes, pajares, corrales y establos de ganados, se castigan con penas proporcionadas."<sup>98</sup>

Como consecuencia de tal informe se produjeron algunos incidentes entre Sainz de Andino y algunos miembros de la segunda Junta (principalmente con el Señor Caro), llegando a mediar el Rey; tardando éste más de un año en ordenar, el 9 de mayo de 1833, la continuación de los trabajos, a la vez que cesaba a los miembros de la segunda Junta y nombraba una tercera con los que integraron la primera Junta de 1829.<sup>99</sup>

Así, no es de extrañar que en el Proyecto de 16 de julio de 1834, fallecido ya Fernando VII, la regulación de los incendios sea prácticamente la misma que la que efectuaba el Proyecto de 1830, observándose sólo la supresión de dos de aquellos artículos, además de optar siempre por los límites máximos de las penas que se imponían en aquel Proyecto. Los artículos del Proyecto de 1830 suprimidos son: 1º- El artículo 191, referido al incendio de las mieses si segar, seguramente por entenderlo incluido en otro precepto, y 2º- El artículo 196, destinado a sancionar los incendios imprudentes cuando no había infracción de reglamentos, que dada la inclusión de la institución del cuasi delito en este Proyecto de 1834, carecía de sentido

---

<sup>98</sup> El texto está tomado de: LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación ...*, op. cit., Volumen II, Apéndice IV, p. 373.

<sup>99</sup> Cfr. CASABÓ RUIZ, J.R., *El Proyecto de Código Criminal de 1834, estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978, pp. 2 y 3. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación ...*, op. cit. Volumen I, p. 214.



mantener; permaneciendo, eso sí, el supuesto de incendio ocasionado como consecuencia de la realización de actividades prohibidas o notoriamente peligrosas.<sup>100</sup>

En la exposición de motivos que precede al articulado del Proyecto se puede leer:

"... el arma de los incendios es una de las más alevosas que usan los hombres contra la propiedad, porque además de ser una arma oculta, está en manos de todos sin que sea dado evitarlo. Se han hecho graduaciones diferentes tomadas de la trascendencia del daño y del escándalo, y las penas son análogas y proporcionadas a la malicia y enormidad del delito."<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Vid. supra las notas a pie de página núms. 83 y 85, donde se transcriben los artículos del Proyecto de 1830 en materia de incendios.

El concepto penal de cuasi delito se establece en el artículo 5 del Proyecto de 1834: "El cuasi delito es todo acto u omisión en que sin voluntad de hacer mal se causa daño por descuido, imprudencia o impericia." Previendo por su parte el artículo 37 que: "El cuasi delito produce la obligación de satisfacer los daños y perjuicios que uno hubiese ocasionado, no sólo por hecho propio, sino por el de las personas que tiene a su cargo y de las cosas que estén en su poder." Previsión a la que algunos miembros de la Junta se opusieron por entender que era propia del Derecho civil; deliberando matizar el concepto de cuasi delito con las precisiones de los artículos 38 a 41. Artículo 38: "En la calificación de los cuasi delitos se considerarán las circunstancias de la culpa por los grados de posibilidad que hubo para evitar el daño." Artículo 39: "Las circunstancias de los cuasi delitos se aprobarán en la misma forma establecida para los delitos." Artículo 40: "La reincidencia por segunda vez en un cuasi delito se considerará en el grado ínfimo de malicia." Artículo 41: "El caso meramente fortuito excusa de responsabilidad." Previsión, esta última del artículo 41 novedosa respecto del Proyecto de 1830. Cfr. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit. Volumen I, p.221.

<sup>101</sup> Texto tomado de: LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit. Volumen II, Apéndice V, p. 393.

Se entiende tras estas palabras, por que pese a que con respecto al Proyecto de 1830 se amplía el área de los delitos privados, entendiendo por tales "todos los que directamente se cometen contra la vida, honor y propiedades de los particulares"<sup>102</sup>, los incendios permanecen considerados como delitos públicos.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Artículo 2 del Proyecto de Código Criminal de 1830: "Los delitos son públicos o privados. Los públicos son los que inmediatamente ofenden al Estado por su misma gravedad, o por el daño que le causan.

Y los privados son los de un daño o perjuicio puramente particular, sin trascendencia grave en las costumbres y en el orden público. A esta clase corresponden las injurias leves de palabra y obra; los fraudes en administraciones y confianzas particulares; el adulterio y todo acto de incontinencia doméstica; y los delitos que dimanen de negligencia o descuido en cosas del servicio doméstico, o de las artes y oficios mecánicos.

Los demás todos verdaderamente son públicos."

Artículo 4 del Proyecto de Código Criminal de 1834: "Los delitos privados son todos los que directamente se cometen contra la vida, honor y propiedades de los particulares."

<sup>103</sup> Pese a que en el Proyecto de 1830 no se distinguía sistemáticamente entre delitos públicos y privados, del tenor de su artículo 2, transcrito en la nota anterior, se desprende a sensu contrario la consideración de públicos que se otorgaba a los delitos de incendio.

En el Proyecto de 1834, el Título XIII: "De los incendiarios", cierra el Libro 2º: "De los delitos públicos".

## 5 - EL CÓDIGO PENAL DE 1848/50

### 5.1 - Introducción. Regulación sistemática

Tras el análisis descriptivo de los Proyectos de Código que llenaron el espacio de tiempo que medió entre el Código de 1822 y el de 1848<sup>104</sup>, vamos ahora a entrar en el estudio pormenorizado de este último, teniendo en cuenta que todo lo que a continuación se va a decir sirve también para el Código de 1850, en la medida en la que la reforma del Código del 48 que condujo al texto del año 1850 no afectó prácticamente en nada a la regulación de los incendios.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Lasso Gaité, en su "Crónica de la codificación española" se refiere a otros dos Proyectos de Código antes del que dio lugar al código de 1848; el del Ministro Gómez Becerra (1836), y el elaborado por una comisión especial (1836-1839). Al no disponer del articulado de los mismos pocas referencias se pueden hacer a su regulaciones en materia de incendios. No obstante, respecto del segundo de ellos, en un dictamen que sobre el mismo emitió el Tribunal Supremo, se critica la inclusión de los delitos de incendio entre los delitos privados, y esto, pese a dejar constancia el citado Tribunal de su adversión por la diferencia de los delitos entre públicos y privados. Cfr. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit. Volumen I, pp. 230 y ss., en concreto p. 239.

<sup>105</sup> La Ley de 19 de marzo de 1848 por la que se autorizó al Gobierno a publicar el CP varió con respecto al proyecto de Ley de autorización presentado el 13 de febrero de 1847 al Senado, incluyéndose en su artículo 2º el compromiso del Gobierno de proponer a las Cortes, dentro de tres años o antes, si lo estimaba conveniente, las reformas o mejoras que debieran hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente, deberían hacerle los Tribunales; ahora bien, en el artículo 3º se autorizaba al Gobierno para efectuar por sí cualquier reforma si fuera urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como fuera posible. (Cfr. ANTÓN ONECA, J., "El CP de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", en ADPCP, Tomo XXVIII, 1965, P. 485. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit. Volumen I, pp. 309 y ss.)

Como ya vimos en la transcripción de las palabras del profesor Antón Oneca que sirvieron de introducción al análisis de la regulación de los delitos en el CP de 1822, entre éste y el Código de 1848 hubo un largo período que permitió llegar a un texto más depurado técnicamente. A ello contribuyó, mejor dicho, para ello fueron determinantes los trabajos de la Comisión General de Codificación<sup>106</sup>; trabajos que aunque en materia de incendios

---

Haciendo uso de tal autorización, el Gobierno dictó varios decretos reformando el articulado original que entró en vigor el 1 de julio de 1848; así las reformas de 21 de septiembre del mismo año, 30 de mayo de 1849 y la más importante de 7 de junio de 1850, realizada ya a la vista de las observaciones que habían ido enviando algunos Tribunales en virtud de lo prescrito en el artículo 2º de la Ley de autorización antes aludida, reforma que con algunas pequeñas modificaciones dio lugar a la edición oficial de 1850 por decreto de 30 de junio. (Cfr. CÁRDENAS de, F., El Derecho moderno, revista de jurisprudencia y administración, Tomo IX, Madrid, 1850, p. 3. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit., Volumen I, pp. 316 y ss.)

Pues bien, en los esquemas-resúmenes que Lasso Gaité efectúa en su Crónica de la codificación penal acerca del contenido de los diversos informes de las Audiencias que llegaron al Gobierno antes de la reforma que dio lugar a la edición del Código de 1850, se aprecia cómo pese a hacer los distintos Tribunales muchas referencias críticas a delitos concretos, ninguna mención se realizó acerca de los incendios, lo cual concuerda con la idéntica regulación de estos delitos que contienen las ediciones del Código de 1848 y de 1850. (Cfr. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit., Volumen I, pp. 321 y ss.)

<sup>106</sup> Por decreto de 19 de agosto de 1843 se creó la Comisión General de Códigos; su vocación era la de un órgano permanente para la elaboración de los proyectos de leyes y códigos. Empezaron las tareas de esta Comisión el 16 de septiembre, acordando dividirse en cuatro secciones: una dedicada a la elaboración del Código civil, otra a la del CP, y las otras dos a la elaboración de los respectivos Códigos de procedimientos y a la vez y de forma conjunta a la elaboración de un proyecto de organización de Tribunales. Todos los trabajos de las secciones habrían de ser discutidos por la Comisión General y elevados al Ministerio. Don Manuel Seijas Lozano fue nombrado presidente de la sección penal, encargada de la redacción del anteproyecto de CP que posteriormente se debatiría en el seno de la Comisión, siendo tal labor, debido a dimisiones y enfermedades de la mayoría del resto de miembros de la sección, llevada a cabo de

se vieron bastante alterados durante el iterin que transcurrió desde la finalización de los mismos hasta la presentación en las Cortes del Proyecto que daría finalmente lugar al Código del 48<sup>107</sup>, nos sirven sobremanera para escudriñar en las razones de una regulación de estos delitos que realmente se ha visto inalterada en lo

---

forma casi exclusiva por el Sr. Seijas. (Cfr. CANDIL JIMÉNEZ, F., "Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del CP de 1848", en ADPCP, Tomo XXVIII, 1975, pp. 406 y ss. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit. Volumen I, pp. 251 y ss.)

<sup>107</sup> El 24 de diciembre de 1845, Bravo Murillo, en calidad de presidente de la Comisión General de Codificación, remitió al Ministerio de Gracia y Justicia el proyecto de CP, señalando que sin descanso entrarían a discutir el proyecto del Código de procedimiento y los Libros del de civil todavía no aprobados; no obstante lo cual el Gobierno disolvió el 31 de julio de 1846 la Comisión General de Códigos, alegando que su organización era defectuosa por el alto número de Vocales que hacían las discusiones interminables, lo que había llevado a que en casi tres años no hubieran presentado mas que una parte de los proyectos que se le habían encomendado.

En septiembre de 1846 se nombró una segunda Comisión compuesta sólo por seis miembros, incluido Bravo Murillo como presidente, y siendo uno de sus vocales el Sr. Seijas. Según Candil Jiménez esta Comisión fue la que presentó definitivamente el Proyecto de CP al Senado el 13 de febrero de 1847. No es de esta opinión Antón Oneca, dado que tal Comisión se dividió en dos secciones, una dedicada al Código civil y la otra al de procedimientos, indicando así que no era necesario examinar de nuevo el proyecto de CP.

Lo cierto es que Castro Orozco y Ortiz de Zúñiga, que habían sido vocales de la disuelta Comisión General de Códigos, en los Comentarios que publicaron en 1848 se quejan del gran número de manos por las que había pasado el Proyecto antes de su publicación como Código, sin que ellos pese a haber sido miembros de la Comisión pudieran dar cuenta de los cambios sufridos en el texto que salió de la misma.

(Cfr. ANTÓN ONECA, J., "El CP de 1848 y...", op. cit., pp. 491 y ss. CANDIL JIMÉNEZ, F., "Observaciones sobre la intervención de...", op. cit., pp. 422. CASTRO Y OROZCO, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M, CP explicado para la común inteligencia y fácil explicación., Granada, 1848, pp. XIV y XV. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación ..., op. cit. Volumen I, pp. 302 y ss.)

sustancial hasta el reciente CP de 1995<sup>108</sup>, y que aún en éste se deja notar, generando toda una suerte de incongruencias que serán denunciadas en ulteriores capítulos de este trabajo.<sup>109</sup>

Así pues, a la vez que se van a ir comentando los preceptos relativos a los delitos que nos ocupan en el Código de 1848, simultáneamente se irá haciendo referencia a las cuestiones relacionadas con cada uno de ellos que hayan sido objeto de debate en la Sección penal de la Comisión General de Codificación.

Una muestra de la anteriormente aludida mejora técnica que representó el Código de 1848 respecto de su predecesor del 22, se observa en la regulación conjunta de los delitos de incendio dentro de un único Capítulo, el VII: "Del incendio y otros estragos", dentro del Título XIV: "Delitos contra la propiedad"<sup>110</sup>. Cuestión distinta es lo acertado o

---

<sup>108</sup> En este sentido, y refiriéndose a la regulación en vigor tras la reforma que sufrió el CP en 1963, el profesor Cuello Calón manifiesta: "La regulación actual de este delito, así como la desmedida variedad de infracciones previstas, proviene del Código de 1848 y más directamente del de 1870." CUELLO CALÓN, E., Derecho penal conforme al CP, texto revisado de 1963, Tomo II, Parte Especial, Volumen 2ª, 12ª ed., Barcelona, 1967, p. 920.

<sup>109</sup> Fundamentalmente estoy aludiendo al tema de la regulación del incendio de bienes propios, en el cual el bien jurídico propiedad sigue teniendo un lugar preponderante, en consonancia con anteriores regulaciones y en contradicción con el resto de los tipos de incendio del nuevo Código. Vid. infra capítulo V.

<sup>110</sup> A diferencia del CP de 1822, en el del 48 ya no se dividen en dos Partes los distintos delitos, sino que atendiendo a una nueva sistemática que llega hasta nuestros días, recoge toda la Parte Especial entre su Libro II: "Delitos y sus penas", y el Libro III dedicado a las faltas, del cual ya tendremos ocasión de ver las relacionadas con los incendios.

no que podamos considerar este reagrupamiento de las conductas incendiarias precisamente en sede de delitos contra la propiedad; ubicación que salvo el paréntesis del CP de 1928, y hasta el reciente de 1995, ha sido la única en la que se han recogido desde entonces estos delitos.

Consta este Capítulo VII de siete artículos, de los cuales los cuatro primeros (arts. 456 a 459)<sup>111</sup> integran el núcleo de la regulación de esta materia, refiriéndose el 460 a la equiparación de otros estragos con los incendios<sup>112</sup>, el 461 a regular expresamente un supuesto de

---

<sup>111</sup> Si bien la numeración del Capítulo y Título en los que se encuentran regulados los incendios no varía del CP de 1848 al de 1850, la numeración de los artículos sí lo hace; así, mientras en el primero tales delitos aparecen recogidos en los artículos 456 y siguientes, en el de 1850 los preceptos que los regulan son el 467 y posteriores.

En la medida en la que el CP de 1850 se puede entender como una reforma del Código del 48, y dado que estos artículos coinciden en su literalidad, las referencias en el texto del presente trabajo se harán sólo a la numeración del Código de 1848.

<sup>112</sup> Artículo 460 del CP de 1848: "Incurrirán respectivamente en las penas de este capítulo los que causen estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o máquina de vapor, y en general, por la aplicación de cualquier otro agente o medio de destrucción tan poderoso como los expresados."

En este precepto se condensa el núcleo principal de la regulación de los delitos de estragos en el CP de 1848; delitos que en aquella época, y en opinión de Pacheco: "son más novelescos que reales", y esto con base en que no son tan fáciles de ocasionar como el incendio. Cfr. PACHECO, J.F., El CP, concordado y comentado, Tomo III, 4ª ed., Madrid, 1870, pp. 402 y ss.

En cuanto a los trabajos de la Comisión General de Códigos en esta materia, dos fueron los artículos que de la misma se ocuparon:

"Serán equiparados al incendio y penados al tenor de los artículos ...(los dedicados a los incendios)... los estragos causados por medio de explosión de una mina o a virtud de una gran inundación y, en general, cuantos se causaren por la aplicación de agentes o medios poderosos de destrucción que debían naturalmente ocasionarlos."

tentativa<sup>113</sup>, y el 462 a aclarar que no sirve como excusa para eludir responsabilidades penales por estos delitos el haber destruido bienes de la propia pertenencia.

---

"Se entenderán comprendidos en las disposiciones del artículo anterior, y sujetos a las penas del incendio cualificado: 1º. Los que sumergieren o desfondaren usando de cualquier medio un buque, barco o lancha. 2º. Los que ocasionaren malintencionadamente la explosión de una gran máquina de vapor con riesgo de los edificios o de las personas. 3º. Los que ocasionaren en la misma forma la explosión o trastorno de un comboy de un ferrocarril."

Este segundo artículo fue suprimido por la propia Comisión, quedando tan sólo el primero de ellos para regular la figura penal de los estragos. Si bien, al comparar tal precepto con el anteriormente transcrito artículo 460 del CP de 1848, se observa que algunos de los supuestos que integraban el artículo suprimido acabaron incorporándose a la regulación definitiva de estos delitos.

Cfr. Acta nº 32 de la Comisión General de Codificación, correspondiente a la sesión del 6 de junio de 1845. Tomada de: LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación..., op. cit., Volumen II, Apéndice VI, p. 853. En adelante citaré tan sólo el número del Acta y las páginas.

<sup>113</sup> Artículo 461 del CP de 1848: "El que fuere aprehendido con mecha o preparativo conocidamente dispuesto para incendiar o causar alguno de los estragos expresados en este capítulo, será castigado con la pena de presidio menor."

Se trata de la regulación expresa de un supuesto de los muchos que pueden dar lugar a la consideración de estar en presencia de una tentativa de incendio. Si bien, entre la razón que inspiró la redacción de este precepto (según Pacheco se había querido sustraer esta conducta a las reglas generales que califican las tentativas ante la dificultad de aplicar las mismas a este supuesto), y el tenor literal del mismo, existe una contradicción; y esto en la medida en la que se requiere el conocimiento de que la tenencia de tal mecha o preparativo lo sea para incendiar. Cfr. PACHECO, J.F., El Código Penal ..., op. cit. Tomo III, pp. 405 y 406.

Tal problema lo ven también Vizmanos y Alvarez Martínez, quienes tras justificarse (no en vano fueron miembros de la Comisión General), argumentando que sin esta previsión específica, y ante la dificultad de saber el objeto al que se pretendía pegar fuego, "no sabríamos qué pena aplicar siguiendo la regla general del artículo 62, que asigna a la tentativa la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado ..."; entienden que el problema no se ha resuelto, sino trasladado, ya que es difícil el averiguar cuando una mecha o preparativo lo está conocidamente dispuesto para incendiar, "pues que de un pedernal sale la chispa destinada a encender el cigarro, así como la llama que devasta una comarca; ..." Cfr. VIZMANOS de, T.Mª. y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios al Código Penal, Tomo II, Madrid, 1848, pp. 515 y 516.



## 5.2 - La regulación del incendio de bienes propios

El artículo 462 del CP de 1848 decía así:

"El culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas impuestas en este capítulo, aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia."

Ya, respecto de esta disposición, Gómez de la Serna y Montalbán dejaron constancia de sus deseos de mayor

---

En una de las propuestas de la Comisión General de Codificación se aludía a que la mecha estuviera "preparada criminalmente para incendios, según suele ser costumbre", hecho que se castigaría en cuanto tal, sin otra consideración; requiriéndose para su consideración como tentativa de incendio que la aprehensión de tal mecha se efectuara en ocasión y tiempo oportunos para prender fuego.

No obstante, tras un debate en el que se puso de manifiesto la necesidad de que los hechos preparativos manifestaran la intención inmediata de cometer el delito, y a la vez, la necesidad de protección de la sociedad frente a delitos como los incendios, muy frecuentes y de graves consecuencias, se acordó considerar como principio de ejecución, y por tanto como tentativa de incendio, el llevar preparada la mecha, utilizando la expresión "conocidamente dispuesto para incendiar" para calificar la tenencia punible de mecha u otro preparativo, tal y como al final pasó al texto del artículo 461 del Código de 1848, transcrito al principio de esta nota. Cfr. Acta nº 32, pp. 854 y 855.

Circunstancia denunciada con mayor o menor énfasis por la mayoría de la doctrina de la época es la relativa a la desigualdad que representa el haber regulado como delito especial la tentativa de incendio, al tener ésta más pena que algunos incendios consumados y demasiado poca en relación con otros. Cfr. CASTRO Y OROZCO de, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., Código Penal explicado ..., op. cit. Tomo III, pp. 63 y 64. AURIOLES MONTERO, I., Instituciones del Derecho penal de España, escritas con arreglo al nuevo Código, Madrid, 1849, p. 282. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica, Tomo III, 7ª ed. Madrid, 1865, p. 439.

explicitación en orden a concretar de entre las numerosas interpretaciones que de la misma se pueden desprender.<sup>114</sup>

Como se observa, del tenor literal de este precepto no se desprende de forma clara si sólo se refiere a aquellos incendios donde el fuego hubiera comenzado por destruir bienes propios pasando luego a los ajenos, o si también se incluyen en él aquellos supuestos en los que las llamas única y exclusivamente hubieran devorado bienes del patrimonio del incendiario. Y en el caso de optar por esta última posibilidad, una vez admitido el derecho que a cada cual asiste para hacer lo que quiera con sus bienes<sup>115</sup>, quedaría el pronunciarse por la justificación de tal punición. Justificación que podemos plantearnos el buscarla bien en el peligro de propagación del fuego a la propiedad ajena, bien en el peligro que se pudiera derivar para las personas, o bien en ambas dos razones.

Al intentar hallar una respuesta desde los trabajos de la Comisión General, encontramos efectivamente alusiones al peligro de propagación del fuego, aunque sólo referidas al que pudiera derivarse para las personas; respecto de la propiedad ajena se exige la producción de un perjuicio, no bastando su puesta en peligro. Tales referencias aparecían

---

<sup>114</sup> Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, p. 439.

<sup>115</sup> Vid. PACHECO, J.F., El Código Penal ..., op. cit. Tomo III, p. 407.

ya en la propuesta inicial que sobre este tema se sometió a debate:

"Artículo 56<sup>16</sup>: El dueño que incendiare sus propias casas con un fin fraudulento o cualquiera otra intención punible respecto de otro, será castigado con la pena de reclusión. Si el incendio fuere de los calificados en los números 1º y 2º del artículo 50<sup>17</sup>, será condenado con las penas que otro cualquier incendiario, salvo si probare haber ejecutado con pleno conocimiento de no haber peligro para las personas. En todo caso, será juzgado al tenor de las disposiciones generales de este Capítulo, siempre que

---

<sup>16</sup> Aunque en las actas aparece con el número 96, de su lectura en el conjunto de los trabajos de la Comisión, se desprende que el que le corresponde es el 56. Esta misma confusión en las decenas se da varias veces en las actas de las sesiones que afectan a la materia objeto de nuestro estudio, por lo que iré colocando la numeración correcta para que las remisiones que se hacen de unos preceptos a otros tengan sentido, sin tener que indicarlo cada vez. Cfr. Acta n° 32, p. 853

Con estas pequeñas erratas un ejemplo palpable de las palabras de Pacheco, quién, tras elogiar la altura del debate que tuvo lugar en el seno de la Comisión General de Codificación, manifiesta que "Es una desgracia que semejantes disusiones no se hayan recogido o se hayan recogido mal; ... los taquígrafos las tomaron sin escrupulosidad, y los miembros de la Comisión no corrigieron sus opiniones." PACHECO, J.F., El Código Penal ..., op. cit, Tomo I, p. LXII.

Por desgracia hay incongruencias mucho mayores en las actas que las apuntadas del mero baile de números, impidiendo en algunos casos que se puedan extraer conclusiones de forma clara, aunque se puedan intuir.

<sup>17</sup> Se refieren los dos primeros números de este artículo 50 al incendio de cualquier edificio o lugar habitado o destinado habitualmente a servir de morada, y al de buque, arsenal, astillero, almacén de pólvora o parque de artillería. Veremos este artículo 50 con detalle más adelante.

el incendio comprendiere, desde luego, o se propagare después a las cosas ajenas."

Referencias que se mantienen en la propuesta final de la Comisión, tras haberse aludido en la discusión de la ponencia inicial, a que el caso más grave que en la misma se recogía era el del incendio de la casa propia estando habitada por otro.<sup>118</sup> Decía así esta última propuesta:

Artículo 56': "El que incendiare una cosa de su propiedad con ánimo de perjudicar a otro, será castigado con las penas designadas en el artículo 52', según el perjuicio causado, aunque la cosa incendiada fuese de las designadas en el 51'.

Cuando el incendio fuere de edificio, buque o lugar habitado quedará sujeto a las penas del artículo 50'.

En todo caso, si el fuego se propagase a las cosas ajenas será juzgado como cualquier otro incendiario al tenor de lo dispuesto en los artículos 50', 51' y 52'." <sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Acta nº 32, p. 853.

<sup>119</sup> Acta nº 33, p. 858. (La numeraciones 50', 51' 52' y 56' las he incluido yo con la finalidad de distinguir estos artículos de los de las propuestas iniciales).

Todos estos preceptos a los que se alude se irán viendo en las próximas páginas, baste ahora con las siguientes observaciones:

- El artículo 52' sancionaba los incendios no comprendidos específicamente en otros preceptos, y que lo hacía en función de la distinta cuantía de los daños que se produjeran. Vid. Acta nº 33, p. 856.

- El artículo 51' aludía a los incendios en edificios destinados a servir de morada pero no habitados en el momento del delito, y también a los de mieses, montes o plantíos. vid. Acta nº 32, p. 852.

Así, el párrafo segundo lo que viene a decir, es que el peligro para las personas es la principal razón de ser del artículo 50 al que en él se hace referencia; no otra es la explicación que se pueda dar a la sanción del incendio de tales lugares habitados cuando son de la propiedad del incendiario.<sup>120</sup>

Por tanto, de los trabajos de la Comisión, y con el entendimiento al que luego llegaremos, relativo a que el peligro para las personas es el auténtico objeto de protección del artículo 456 del CP de 1848 (que es el que tiene su origen en el artículo 50 al que se acaba de aludir), podremos mantener que en la redacción del artículo 462 del Código tenían cabida, además de aquellos que acabaran por afectar a bienes ajenos, aquellos incendios que afectando exclusivamente a bienes propios representen un peligro para las personas; pero no aquellos en los que el peligro que representaran lo fuera sólo para la propiedad ajena, sin llegar a dañarla.<sup>121</sup>

---

- Por su parte el artículo 50' se refería a los supuestos de incendio en edificio, buque o lugar habitado, y a los de arsenal, astillero, almacén de pólvora o parque de artillería. Vid. Acta n° 32, p. 852.

<sup>120</sup> Cfr. Actas n° 32 y 33, pp. 853 y ss.

<sup>121</sup> Tratándose de la propiedad ajena, no basta el peligro para la misma, sino que se requería su efectiva lesión. Lesión que, Vizmanos y Álvarez Martínez -quienes fueron miembros de la Comisión-, parecen extender al conjunto del patrimonio ajeno; así entendían que también se daba "cuando sobre los bienes incendiados o destruidos tuviere cualquier derecho otra persona, y aun si pudiese reclamarlo, como sucedería respecto del acreedor, aun cuando no se hubiere constituido a su favor hipoteca u obligación expresa: en este caso cometeríase una

Con todo, dado que tales propuestas no llegaron a plasmarse en Derecho positivo, y ante la indefinición ya denunciada del artículo 462 del CP de 1848, antes visto, en el que se reguló finalmente el incendio de bienes propios, la doctrina de la época entendía que este artículo era aplicable a aquellos incendios de bienes propios en los que existiera peligro para las personas o bien riesgo de que se propagara a la propiedad ajena.<sup>122</sup> Si bien algunos expresamente reconocían que a tal conclusión llegaban fundándose en el espíritu de la ley ya que no podían apoyarse en el texto del artículo.<sup>123</sup>

### **5.3 - Los supuestos de incendio más gravemente sancionados. Críticas**

Las conductas más gravemente sancionadas, pudiendo llegar a imponerse la pena capital, son las recogidas en el artículo 456<sup>124</sup>, que por un lado hacen referencia al

---

defraudación." VIZMANOS de, T.M<sup>a</sup>. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ..., op. cit., Tomo II, p. 517.

<sup>122</sup> Cfr. VIZMANOS de, T.M<sup>a</sup>. Y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ..., op. cit., Tomo II, p. 517. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, p. 439. PACHECO, J.F., El CP ..., op. cit. Tomo III, p. 407. (Si bien este último autor sólo alude expresamente en esta cuestión al peligro para la propiedad ajena.)

<sup>123</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, p. 439.

<sup>124</sup> Artículo 456 del CP de 1848: "El incendio será castigado con la pena de cadena perpetua a la de muerte:

incendio de lugares habitados, y por otro al de arsenal, astillero, almacén de pólvora, parque de artillería o archivo general del Estado.

Resulta cuando menos curiosa la equiparación del incendio de archivo general del Estado con los otros supuestos del mismo artículo; sobre todo si atendemos, como en seguida haremos, a la discusión que en torno a los incendios se generó en el seno de la Comisión. Baste de momento indicar que el mismo Pacheco en sus Comentarios trata conjuntamente el incendio de arsenal, astilleros, almacén de pólvora, parque de artillería o archivos generales de la nación, por suponer un grave atentado contra las personas, además de contra la causa pública<sup>125</sup>; pero eso sí, sin explicar ni siquiera mínimamente por que considera que todo incendio de dichos archivos representa necesariamente un tal ataque a las personas. Respecto de los otros supuestos podríamos entender que las inmensas dimensiones e intensidad que alcanzaría el fuego al encontrarse con los materiales altamente combustibles de los astilleros o con la pólvora y municiones del almacén, arsenal y parque de artillería, necesariamente pondrían en alto peligro la vida de muchas personas.

---

1º Cuando se ejecutare en cualquier edificio, buque o lugar habitados.

2º Cuando se ejecutare en arsenal, astillero, almacén de pólvora, parque de artillería o archivo general del Estado."

<sup>125</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El CP ... , op. cit., Tomo III, p. 399.

Seguramente lo que se esconda detrás de una tal equiparación por parte del citado autor no sea sino su afán por dotar de coherencia a la regulación conjunta de tales lugares o establecimientos; coherencia que en esta ocasión es muy difícil de alcanzar al margen de acudir a la mera decisión político criminal del legislador. En esta línea otros comentaristas de la época se limitan a poner de manifiesto que éstos, los supuestos más gravemente sancionados, son incendios con inmediato riesgo para las personas o, alternativamente, susceptibles de ocasionar graves males a ciertas propiedades del Estado.<sup>126</sup> Destacable en este punto es la opinión de Gómez de la Serna y de Montalbán, los cuales entienden que respecto del primer número referido al incendio de edificios, buques o lugares habitados, el objeto de su sanción es la protección de la vida y no la propiedad amenazada; y respecto del número segundo denuncian que, no obstante los funestos resultados que el incendio de tales establecimientos (arsenal, astillero,...) puede producir, hubiera sido deseable distinguir entre los supuestos en los que dichos lugares estuvieran habitados y aquellos en los que no fuera así.<sup>127</sup>

Esta fue precisamente la cuestión que más debate suscitó en la Comisión a la hora de regular los delitos de

---

<sup>126</sup> Cfr. VIZMANOS de, T.M<sup>a</sup>. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ..., op. cit., Tomo II, p. 512. CASTRO Y OROZCO de, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., CP explicado ..., op. cit., Tomo III, p. 56.

<sup>127</sup> Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., Tomo III, p. 436.



incendio; lo cual no deja de ser ilustrativo acerca de lo acertado o no de su inclusión en sede de delitos contra la propiedad, tema éste que no llegaron a plantearse.

Como digo, la presencia de personas en el radio inmediato de acción del fuego fue el eje sobre el que giraron los debates de la Comisión, así, desde la ponencia relativa a estos supuestos de incendio, presentada por el Sr. Clarós, hasta la propuesta final hubo notables variaciones. La propuesta inicial sometida a debate decía lo siguiente:

"Artículo 50: Se tendrá por incendio cualificado siempre que fuere ejecutado voluntariamente: 1º. El incendio de cualquier edificio o lugar habitado o destinado habitualmente a servir de morada. 2º. El de buque, arsenal, astillero, almacén de pólvora o parque de artillería. 3º. El de mieses en pie, en gavillas, en hacinas o en parvas. 4º. El de bosques, montes, plantíos y cualesquiera especie de arbolados."<sup>128</sup>

"Artículo 51: El incendio cualificado será castigado con la pena de trabajos forzados, en su grado máximo a la de muerte, imponiéndose ésta en los casos primero y segundo del artículo anterior, como no resultare del proceso haberse cometido el delito en la persuasión probable y racional de no hallarse habitado el lugar al momento de aplicar el incendio. Los

---

<sup>128</sup> Acta n.º. 32, p. 849.

Tribunales sin embargo podrán descender mediante esta circunstancia respecto de los casos indicados, y siempre en los comprendidos en los números 3º y 4º , a la pena de trabajos temporales en toda su extensión, cuando el daño causado no importare 50 duros, con tal que el daño probable del atentado no debiera naturalmente haber ascendido a 1.000."<sup>129</sup>

La discusión a lo largo de la sesión del día 6 de junio de 1845 sobre la anterior propuesta dio como resultado los siguientes frutos:

Artículo 50': "El incendio será castigado con la pena de muerte o trabajos forzados perpetuos: 1º. Cuando se ejecutare en cualquier edificio, buque o lugar habitado. 2º. Cuando se ejecutare en arsenal, astillero, almacén de pólvora o parque de artillería."<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Acta nº. 32, pp. 851 y 852.

<sup>130</sup> Acta nº. 32, p. 852. (La numeración de 50' es para distinguirlo del 50 de la propuesta inicial).

En tal acta, a continuación del artículo transcrito, aparece el siguiente comentario: "El Sr. Goyena votó sólo la pena de muerte en el caso del incendio de casa en poblado y quiso que constase su voto en el acta."

Aunque la lectura de tal frase puede adquirir diferentes tintes, pareciendo el más acorde con una interpretación estrictamente literal, el considerar que se refiere a no imponer tal pena en el resto de supuestos que se recogen en el artículo de referencia, me inclino por entender que se refiere a negar la posibilidad de optar entre la pena capital y la de trabajos forzados en el supuesto que indica: incendio de casa en poblado; y obsérvese que sin distinguir entre si la misma estaba o no habitada, o destinada a serlo. Me baso, para un tal entendimiento, además de en las observaciones que se harán en las páginas siguientes, en lo crítico que se mostraba García Goyena al comparar, en materia de incendios, el CP español de 1822 con el francés de 1810: "... , pues el CP de 1810 castigaba todos los incendios con pena capital;...", exclamando unos párrafos después, tras referirse a la suavidad de las penas de

Artículo 51': "La pena será la de trabajos forzados temporales a la de muerte: 1º. Cuando el incendio se ejecutare en cualquier edificio o lugar destinado habitualmente a servir de morada que no estuviese actualmente habitado. 2º. Cuando se ejecutare en mieses, montes y plantíos."<sup>131</sup>

Se observa como, fruto de los debates al respecto, se desglosó en dos el supuesto recogido bajo el número primero del artículo 50, castigándose más severamente el incendio de lugar habitado que el de lugar destinado habitualmente a servir de morada pese a no encontrarse habitado en el momento del incendio.

Por otra parte, desaparece la posibilidad contemplada en el artículo 51 de la propuesta inicial del Sr. Clarós, de bajar la pena a trabajos temporales en aquellos casos en los que pese a tratarse del incendio de alguno de los supuestos contemplados en los dos primeros números del antes transcrito artículo 50, se hubiera cometido el delito "en la persuasión probable y racional de no hallarse habitado el lugar al momento de aplicar el incendio." Desde esta propuesta inicial, podían darse distintas combinaciones, desde el incendio de un edificio habitado pero persuadido racionalmente su autor de no estarlo, que

---

nuestro Código de 1822: "¡a tamaños desaciertos pueden conducir las más bellas teorías y los mejores deseos!" GARCÍA GOYENA, F., Código criminal español ... , op. cit., Tomo II, pp. 243 y 244.

<sup>131</sup> Acta n°.32, p. 852. (La numeración 51' es para distinguirlo del 51 de la propuesta inicial).

podría haber sido sancionado con la pena de trabajos temporales conforme preveía el artículo 51 inicial, hasta el incendio de un lugar deshabitado, aunque destinado habitualmente a servir de morada, a cuyo autor podría habersele impuesto la pena de muerte de no haber actuado en la creencia de la inexistencia de personas en tal lugar.

Parece que lo que ocurrió con tal supresión, no fue sino el abandono de una postura subjetiva respecto de la existencia o no de personas en el lugar incendiado, y el acogimiento de una posición objetiva, encontrándose justificada desde esta segunda perspectiva la menor sanción impuesta para el supuesto de incendiar un lugar habitualmente habitado pero sin estarlo en el preciso momento de la comisión del delito, lo que llevó como acabamos de ver al desglose en artículos distintos de estos dos supuestos.

Pero tal cambio de perspectiva, debido al modo de plasmarse en la nueva propuesta, que luego llegaría a ser Ley, ha arrastrado hasta nuestros días consecuencias altamente perjudiciales, a mi entender, para la comprensión de estos delitos. Si nos fijamos bien, la previsión de la rebaja en la pena por creer racionalmente que el lugar incendiado no estaba habitado se extendía al incendio de buque, arsenal, astillero, almacén de pólvora o parque de artillería, lo cual presuponía que la principal razón de la consideración conjunta en cuanto a la pena de estos supuestos con los del incendio de edificio o lugar habitado

o destinado habitualmente a servir de morada, no era otra que la de la habitual y probable presencia de personas en tales lugares, con el consiguiente riesgo para sus vidas caso de producirse un incendio en los mismos, teniendo en cuenta a la vez que podían darse supuestos en los que tales peligros no existieran y, por tanto, la sanción debía ser menor. Ahora bien, a diferencia del supuesto genérico de incendio de lugar habitado o destinado a morada, que se desglosó en dos, los supuestos de incendio de arsenal, astillero, ... no corrieron la misma suerte, permaneciendo regulados sólo y de forma conjunta con el incendio de lugar habitado, lo cual, unido a la desaparición de la posibilidad de bajar la pena en los casos de previsible ausencia de personas, ha comportado que en estos incendios no se entrara nunca a valorar si efectivamente hubo o no riesgo para las personas, centrándose todas las miradas en la posibilidad de los grandes destrozos que el fuego puesto en los mismos podía ocasionar.

Con todo, sí que hubo un cambio en la propuesta de regulación de estos supuestos, se suprimió la equiparación del incendio de buque con el de arsenal, astillero, almacén de pólvora o parque de artillería, pasando a regularse junto al incendio de edificio o lugar habitado, lo que implicaba que no todo incendio de buque podría ser

castigado con las penas de muerte, sino sólo el de buques con personas en su interior.<sup>132</sup>

Hasta aquí la propuesta que, creo<sup>133</sup>, envió la Comisión General de Codificación al Gobierno, pero el problema

---

<sup>132</sup> Es interesante observar lo que al respecto se dejó sentado en la Comisión General de Codificación, cuando en la misma sesión en la que se discutieron las propuestas transcritas en el texto, y a la hora de diferenciar entre lugar habitado o habitualmente destinado a habitación, se produjo el siguiente intercambio de opiniones:

"El Sr. Seijas: En el buque destinado a habitar no puede comprenderse más que buque de gran cabida.

El Sr. Ruiz de la Vega: Ningún buque que se bara tiene tripulación, la lancha no es buque destinado a habitarse.

El Sr. Vila: Aquí se dice destinado para habitación no puede, sino en buques de tripulación continua, estén en la mar o no . Que conste en el acta.

El Sr. Gallardo: Lugar no comprende la diligencia ¿y quién puede dudar de esto y mucho menos en constando en el comentario?" Acta n°. 32, p. 581.

Parece que las manifestaciones transcritas se están refiriendo sólo a lo que se deba entender por lugar destinado a habitación, pues cualquiera de esos lugares que concluyen no están destinados a habitarse, caso de haber, en un momento dado, personas en los mismos, se tendrán que considerar como lugares habitados, y esto mientras en ellos permanezca alguien.

No otro es el sentido de la siguiente aseveración de Castro y Orozco, y Ortiz de Zúñiga (quienes, conviene señalar en este momento, fueron miembros de la Comisión General de Codificación): "Los comentaristas franceses discuten si es lugar habitado para los efectos de una disposición semejante una diligencia o carruaje público. Entre nosotros no hay duda que lo será siempre que lleve dentro a los viajeros." CASTRO Y OROZCO de, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., CP explicado ... , op. cit, Tomo III, p. 56.

<sup>133</sup> Así, cuando en la sesión de la Comisión de fecha 18 de diciembre de 1845; es decir, seis días antes de la elevación de la propuesta global del Código al Gobierno, se pasó repaso a los delitos de incendio, se fueron aprobando estos sin discusión.

Tan sólo se efectuó una interpelación, referida a si estaba o no incluido el incendio de un archivo particular dentro del artículo dedicado al incendio de objetos no comprendidos en los preceptos anteriores; a lo que se contestó que no, que tal supuesto se recogería después. Cfr. acta n°. 65, p. 1097.

Esa regulación posterior a la que se alude, parece que puede ser la que se efectúa, en sede de daños, al incendio de papeles o documentos. A ella se remiten Castro y Orozco, y Ortiz de Zúñiga en sus Comentarios, cuando analizando el artículo 456 del CP de 1848, remiten el incendio de cualquier archivo que no sea general del Estado a la disposición del artículo 464. Cfr.

apuntado se agravó con la inclusión en el texto que finalmente se promulgó como Código del supuesto, criticado ya, del incendio de los archivos generales del Estado. Tal adición, sin duda, se habría visto más entorpecida de haber quedado más clara en los trabajos de la Comisión la relevancia que daban sus miembros al peligro para las personas en orden a la más severa punición de los incendios; relevancia que sí se desprende de las discusiones que se mantuvieron en el seno de la misma.

Ya en la discusión en Comisión había habido dos propuestas en parecido sentido, la primera de ellas pretendía se añadiera a continuación del incendio de

---

CASTRO Y OROZCO de, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., CP explicado ..., op. cit, Tomo III, p. 56.

Artículo éste que en su número 5º alude a los daños superiores a 500 duros que se ocasionen en un archivo o registro; y al cual podremos llegar por remisión del párrafo primero del artículo 466, que sanciona el incendio de papeles o documentos cuyo valor fuere estimable, dado que normalmente los daños superarían esos 500 duros.

El comentario de los autores citados se hizo, obviamente, al texto del Código del CP, cuyo artículo 456 n.º. 2º incluía el incendio de archivo general del Estado; pero ni en las actas de las sesiones de la Comisión que hemos comentado en el texto, ni en las de los días 23 y 26 de mayo del mismo año (actas n.º 24 y 25, pp. 783 y ss.), en las que al tratar del salteamiento se hacen numerosas alusiones a los incendios, he encontrado ninguna referencia al tema del incendio de los archivos; por lo que la pregunta a la que antes se ha aludido, ya en una de las últimas sesiones, referida a qué pasa con el incendio de un archivo particular, no sé si se debió a que, en un momento posterior a las sesiones de la Comisión que he citado, y sin reflejarse en las actas, se introdujo el supuesto del incendio de los archivos generales del Estado, -ante lo que se suscitaría la duda de qué pasaba con el del resto de archivos-, o bien si tal interpelación no se debió a la incorporación por la Comisión del mencionado supuesto, incluyéndose el mismo en una instancia posterior; no pudiendo resolver tal duda al no contar con el texto del articulado completo que constituyó la propuesta definitiva que la Comisión General de codificación elevó al Gobierno.

almacén de pólvora la expresión "u otro almacén del Estado" (propuesta realizada por el Sr. Goyena); y la otra, encaminada a sustituir dicho supuesto por el del incendio de cualquier "almacén o fábrica del Estado) (propuesta llevada a cabo por el Sr. Gallardo). Si bien, no aparece en las actas ninguna razón expresa de por que no se aceptaron.<sup>134</sup>

#### **5.4 - Conveniencia de distinguir entre incendios en poblado/despoblado, o en edificio habitado/deshabitado**

Muy significativo en este sentido fue el intercambio de ideas en torno a si distinguir o no entre el incendio de edificio habitado y no habitado por un lado, y el incendio en poblado o despoblado por otro. Así, tras criticar el Sr. Luzuriaga la equiparación entre el incendio de un edificio habitado y el de uno que no lo estuviese, el Sr. Vila matizó que siendo la principal razón del castigo de los incendios, no las consecuencias que produce, sino los fatales resultados que puede ocasionar, habría que equiparar el incendio de casa habitada con el incendio en población. A continuación el Sr. Goyena se decantó porque sólo se hiciese alusión al incendio en poblado, debido al

---

<sup>134</sup> Acta nº. 32, p. 851.



"grave e inminente peligro" que comporta, sin descender a si el edificio incendiado estuviera o no habitado.<sup>135</sup>

Llegados a este punto del debate cobra especial relevancia la intervención del Sr. Gallardo, el cual, tras reafirmar que: "el mal del incendio es su expansibilidad", manifestó que las anteriores observaciones dirigidas a castigar con la máxima severidad los incendios en poblado, estarían plenamente acertadas:

"...si se tratara de pueblos de casas de madera; siendo así desde luego habrían demostrado lo que querían, pero tratando de pueblos civilizados ... , lo que se debe evitar es, si está o no destinado a habitación. Esta es la circunstancia que hay que tener muy presente en un pueblo civilizado."<sup>136</sup>

El debate siguió enriqueciéndose sobremanera con una nueva intervención del Sr. Luzuriaga, la cual, por la

---

<sup>135</sup> Tal postura de García Goyena no debe entenderse necesariamente en el sentido de dar prioridad a los daños materiales frente a los personales, y es que, aunque en las actas no aclara nada más sobre esta cuestión, en su obra "Código criminal español" publicada en 1843, ya citada al principio de este trabajo y recordada notas atrás, efectúa varias observaciones que pueden abonar precisamente la tesis que aquí se está manteniendo. Así, dice literalmente que "si el propietario quema su casa tomada en arriendo y habitada por otro, no puede caber duda en que es verdadero incendiario", y poco después, citando a un "célebre criminalista", cuyo nombre no nos da, manifiesta que "más de una vez el incendio llega a ser peor que el homicidio, ... envuelve frecuentemente en sus estragos a personas desconocidas del incendiario a quienes éste no quiso dañar, a sus amigos no menos que a sus enemigos. Por estas consideraciones las leyes castigan con pena capital a los que incendian casas en poblado o a las que se hallan contiguas a otras; y no se muestran tan severas con el que pega fuego a una simple choza, o a una casa aislada." GARCÍA GOYENA, F., "Código criminal español ... ", op. cit., Tomo II, pp. 240, 241 y 242.

<sup>136</sup> Acta n.º. 32, pp. 549 y 850.

afinidad que, como iremos viendo, tienen con los principales planteamientos que se van a intentar defender a lo largo de este trabajo, transcribo casi en su integridad:

"Todos convenimos en que esa expansibilidad es lo que agrava el delito de incendio, por eso no habrá quien no quiera imponer pena grave.(...) El peligro es más grave en casa habitada, porque las personas quedan expuestas y dudo mucho respecto de la autoridad del Código francés, que se imponga la misma pena al incendio de una casa que no esté habitada, aunque ésta sirva para habitación, que a una que lo está. No me obstiné en hacer distinción, pero digo más, que si a mí se me probase que había sido incendiada una casa por esas venganzas que suelen tener lugar no habiendo peligro de propagación y con conocimiento de parte del incendiario de que no estaba en casa la familia, tendría yo pena en imponer ese castigo. Por otra parte, hay que conocer que en poblado, son más fáciles los socorros que en despoblado, y mucho más en el estado actual de civilización."<sup>137</sup>

Sobre esta cuestión se pronunció, finalmente, el Sr. Peña Aguayo, apoyando: "la idea del Sr. Gallardo -y del Sr. Luzuriaga, añadido yo- por cuanto las casas en despoblado están más expuestas que en poblado."<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Acta n°. 32, p. 850.

<sup>138</sup> Ibidem.

Los anteriores argumentos calaron en la Comisión, hasta el punto que, como ya vimos, en la propuesta que finalmente salió de la misma, primero, no se hacía mención alguna a la circunstancia de que el incendio se hubiera ocasionado o no en poblado, y segundo, se distinguía entre el incendio de casa habitada -sancionado con el máximo rigor- y el de casa habitualmente destinada a ser habitada.

No obstante, en el artículo 457 del CP de 1848, tras aludir su número primero al supuesto ya comentado del incendio en lugar no habitado pero destinado a servir de morada, en el número segundo se sancionaba el incendio dentro de poblado, con independencia de si el lugar estaba o no destinado a ser habitado. Con todo, este artículo 457 sancionaba los supuestos en él contemplados con la pena de cadena temporal, inferior por tanto a las de cadena perpetua o muerte con las que lo hacía el artículo 456 para los casos de incendio en lugar habitado y demás antes vistos; lo cual pudo deberse a los argumentos dados en el transcurso del debate llevado a cabo en la Comisión, que como acabamos de ver, en esencia atendían a la menor propagabilidad del fuego en las poblaciones de aquella época en comparación con la que se daba en el pasado al ser las casas de madera u otros materiales altamente combustibles, y también a la constatación de la mayor facilidad que representa en orden a la obtención de ayuda para dominar las llamas.

La doctrina de la época, al analizar este supuesto de incendio en población justifica su pena precisamente en atención a la posibilidad de propagación del fuego, lo cual no tenemos por que entenderlo como totalmente contrapuesto a la hipótesis antes expresada. El peligro de propagación existe, pero con una intensidad menor que cuando la mayoría de las construcciones lo eran de materiales más propensos a sucumbir al fuego, lo que explicaría que los comentaristas de este precepto entiendan, bien que el peligro para las personas es menor que en el caso de incendios en edificios habitados<sup>139</sup>, bien que se trata sólo de un atentado contra la propiedad<sup>140</sup>, encontrándose justificada de este modo una sanción menos severa que en épocas anteriores en las que estos mismos supuestos de incendio sí comportaban, casi necesariamente, una grave peligro para las personas<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El CP ... , op. cit. Tomo III, p. 399.

<sup>140</sup> Cfr. CASTRO Y OROZCO de, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., CP explicado ... , op. cit. Tomo III, p. 58. Expresamente: GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ... , op. cit., Tomo III, pp. 436 y 437.

<sup>141</sup> Así, la Ley I, Título II, Libro VIII del Fuero Juzgo sancionaba tales supuestos con la pena de muerte a fuego. Vid. supra. epígrafe 1.4.

Por su parte el CP de 1822 en su artículo 787 preveía la pena de trabajos perpetuos. Vid. supra. epígrafe 3.3.

## 5.5 - Incendio de mieses, pastos, montes o plantíos

Hasta el momento nos hemos referido a los dos primeros números del artículo 457, veamos ahora el tercero, el relativo al incendio de productos agrícolas y forestales.

En la propuesta que el Sr. Clarós sometió a la consideración de la Comisión, y que se encuentra transcrita en páginas anteriores, se penaba el incendio de mieses en pie, en gavillas, en hacinas o en parvas, así como el de bosques, montes, plantíos y cualesquiera especie de arbolados; siendo la sanción a imponer la de trabajos temporales siempre que el daño causado no comportare 50 duros y además que el daño probable no fuera previsible que ascendiera a 1.000, en otro caso la pena a imponer para un tal incendiario sería la de trabajos forzados en su grado máximo a la de muerte<sup>142</sup>.

Como se aprecia, cuando los daños materiales superaban la cantidad indicada de 50 duros, o bien cuando probablemente habrían superado los 1.000, la pena a aplicar era la misma que la que se proponía para los casos de incendio de casa habitada, como puede preverse, tras el debate antes comentado esta situación no podía permanecer así. Efectivamente, la propuesta que salió finalmente de la Comisión permitía la imposición de penas inferiores -por lo menos en sus mínimos- para estos incendios en relación con

---

<sup>142</sup> Cfr. acta n.º. 32, pp. 849, 851 y 852.

los de lugares habitados, aunque seguían siendo extremadamente severas.

Concretamente, se pedía la pena de trabajos forzados temporales a la de muerte: ... 2º. Cuando se ejecutare (el incendio) en mieses, montes y plantíos.<sup>143</sup>

Afortunadamente, en el texto del Código la pena a imponer se vio limitada a cadena temporal, además se añadió la voz pastos a los otros objetos materiales que integraban el supuesto, quedando por tanto, el número tercero del artículo 457 del CP de 1848, referido al incendio de mieses, pastos, montes o plantíos.

La razón de la previsión específica del incendio de estos objetos materiales no se halla, según Gómez de la Serna y Montalbán, en un atentado contra las personas, y tampoco en el daño material causado, sino porque pueden propagarse considerablemente, representando, al igual que en los números anteriores del mismo artículo, un grave atentado contra la propiedad.<sup>144</sup>

Coincidente con la misma es en esta ocasión el comentario de Pacheco al respecto, el cual, si bien para los supuestos anteriores del artículo 457, a saber: incendio en lugar destinado a habitación e incendio en población, entendía que el peligro para las personas, aunque en menor medida que para el incendio de lugar

---

<sup>143</sup> Acta n.º. 32, p. 852.

<sup>144</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, pp. 436 y 437.

habitado, era el que dominaba su regulación; en el incendio de mieses, pastos, montes o plantíos la idea de un ataque horroroso a la propiedad aparece como la dominante.<sup>145</sup>

Una cuestión, interesante sobremanera por las conclusiones que ayudará a extraer a lo largo del trabajo, cierra el comentario de Pacheco al núcleo de la regulación de los incendios. Se trata del incendio de los rastrojos de los sembrados, dado que tales rastrojos, después de ser durante algún tiempo pasto para el ganado, suelen quemarse al efecto de que sirvan de abono a la tierra. Debido a esta circunstancia de estar destinados finalmente a ser devorados por las llamas, se cuestionaba Pacheco lo excesivo que sería entender tal supuesto dentro del vocablo "pastos", debiendo en tal caso ser condenando quien les pusiere fuego con la pena de cadena temporal. Concluye el citado autor decantándose por negarles la naturaleza de pastos, y por tanto, por excluirlos de la penalidad que se acaba de señalar, "sobre todo si tal incendio no se puede propagar".<sup>146</sup>

Lo cierto es que tal cuestión se había planteado ya en la discusión del Proyecto que dio lugar al CP de 1822<sup>147</sup>, y

---

<sup>145</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El CP ..., op. cit. Tomo III, p. 399.

<sup>146</sup> Ibid. pp. 400 y 401.

<sup>147</sup> "El señor Sancho observó que en su país (Valencia) había la costumbre de quemar los rastrojos para beneficiar las tierras, y debía evitarse que a la sombra de este artículo pudiese incomodarse a aquellos habitantes por esta razón; y habiendo contestado el señor Rey que no se trataba de esto en el artículo -se está refiriendo al 802 del Proyecto, que luego

posteriormente en el seno de la Comisión General de Codificación, sin que en el debate de la misma interviniera Pacheco, indicándose por parte del Sr. Peña Aguayo como "el incendio de las rastrojeras es una cosa permitida que es preciso quemar", a la vez que manifestando que éste no es el caso de los incendios que se suelen provocar en las cañadas de Sierra Morena con la finalidad de aumentar los pastos en el año siguiente, y en los que "el mal comprende algunas del término ...".<sup>148</sup>

Dos observaciones al respecto. La primera se refiere al supuesto del incendio de las cañadas; en la medida en la que el fuego afectare a terrenos ajenos, incluidos claro está los de dominio público -y a esto parece que se refería el Sr. Aguayo al aludir a que "el mal comprende algunas del término"-, el hecho podría ser sancionado como incendio de monte.

La segunda es atinente a que cuando el Sr. Aguayo dice que el incendio de las rastrojeras está permitido, parece que se está refiriendo a las de los terrenos propios; caso de ser en las de terrenos ajenos es cuando cobra sentido el comentario de Pacheco que, tras excluir tales hechos de la sanción establecida para el incendio de pastos, consideraba que debían sancionarse con arreglo al precepto que veremos

---

sería el 789 del CP de 1822-, quedó éste aprobado." Diario de las discusiones..., op. cit., t. III, p. 466. Vid. también *supra* epígrafe I.3.5.

<sup>148</sup> Cfr. acta n.º. 32, p. 851.



a continuación, y que se refiere al incendio de objetos no comprendidos en los artículos hasta ahora vistos.<sup>149</sup>

## **5.6 - El incendio de otros objetos no comprendidos en artículos anteriores<sup>150</sup>**

Como se acaba de recordar, Pacheco entendía que la quema de rastrojeras no acababa de encajar dentro del incendio de pastos, y ello de forma más clara en aquellos casos en los

---

<sup>149</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El CP ... , op. cit. Tomo III, p. 401.

<sup>150</sup> Artículo 458 del CP de 1848: "El incendio de objetos no comprendidos en los artículos anteriores será castigado: 1º. Con la pena de presidio correccional, no excediendo de 10 duros el daño causado a tercero. 2º. Con la pena de presidio menor, pasando de 10 y no excediendo de 500 duros."

Dado que el artículo 6 de este mismo Código prevé en su párrafo segundo como delitos menos graves aquellos a los que la ley reprime con penas correccionales, y el presidio correccional (cuya duración es de siete meses a tres años), como su propio nombre indica, se encuentra entre las penas que el artículo 24 califica de correccionales, los supuestos de incendios incardinables en el número primero del anteriormente transcrito artículo 458 tendrán la consideración de delitos menos graves; el resto de incendios tienen la consideración de delitos graves.

En cuanto a los trabajos de la Comisión al respecto, se rechazó la propuesta inicial, que decía lo siguiente: "Artículo 52: El incendio sin las causas de cualificación señaladas en el artículo 50 será castigado con la pena de trabajos forzados temporales. La pena será impuesta con atenuación si el daño causado no importare 50 duros y con agravación si llegare a 1.000. Ascendiendo a 9.000, la pena será de trabajos forzados perpetuos." Aprobándose en la siguiente sesión con una nueva redacción: Artículo 52': "El incendio de objetos no comprendidos en los dos artículos anteriores, será castigado al tenor siguiente: 1º. No pasando de diez duros el daño causado, con la prisión de segundo grado. 2º. De 10 a 100, con la reclusión. 3º. De 100 para arriba, con la de trabajos forzados temporales." Actas nº. 32, p. 852, y nº. 33, p. 856. (La numeración 52' es para distinguirlo del 52 de la propuesta inicial).

que el fuego no pudiera propagarse.<sup>151</sup> Ausencia de peligro de propagación que le llevaba a entender:

"... que este caso caería bajo la regla del 469 (458 en el CP de 1848), y que debería atenderse en él a la entidad del perjuicio que se causara real y efectivamente."<sup>152</sup>

Tal precepto es el considerado por los autores de la época como la regla general en materia de incendios por establecer la penalidad ordinaria para estos delitos. Penalidad que atiende sólo y principalmente al daño causado.<sup>153</sup> Y, cerrando el círculo, sólo se atiende al daño causado cuando: "no hay grande riesgo para las personas, o para la propagación del incendio."<sup>154</sup>

En este sentido se realizaron diversas manifestaciones en la Comisión. El Sr. Gallardo, después de afirmar que lo que principalmente distingue el carácter de los delitos de incendio vistos (artículos 50 y 51 de las propuestas, luego -con variaciones- 456 y 457 del CP de 1848), es su propagabilidad, concluyó que en aquellos casos en los que

---

<sup>151</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El CP ... , op. cit. Tomo III, p. 401.

<sup>152</sup> Ibidem.

<sup>153</sup> Cfr. CASTRO Y OROZCO de, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., CP explicado ... , op. cit. Tomo III, p. 59. AURIOLES MONTERO, I., Instituciones del Derecho penal de España... , p. 280. PACHECO, J.F., El CP ... , op. cit. Tomo III, p. 400.

<sup>154</sup> VIZMANOS de, T.Mª. Y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ... , op. cit., Tomo II, p. 513.

no se dé tal propagabilidad, el castigo debe venir en función del daño causado.<sup>155</sup>

Ahora bien, incluso tal daño, ausente la propagabilidad, es, por así decirlo, más daño que el causado por otros medios ordinarios; así se puede entender la siguiente afirmación del Sr. presidente de la Comisión (Bravo Murillo):

"Siempre hay una circunstancia grave cuando se quema una cosa sin contar con la propagación, cual es el daño causado, ...".<sup>156</sup>

Encuentra así justificación un precepto como el que ahora comentamos, en el que se sancionan expresamente los daños ocasionados en virtud de un incendio, no dejando su punición de forma genérica a la regulación del resto de los delitos de daños. En palabras del Sr. Luzuriaga: "La medición del daño hecho que es la base de la penalidad de otros delitos, lo es también de estos calificados en que la penalidad es proporcional a la intensidad y extensión del incendio. Así, debe decirse: que los que no se comprendan en los casos anteriores se castigarán desde tal daño hasta tanto, con ...".<sup>157</sup>

Esta fue, finalmente, la estructura que tuvo la propuesta que emitió en esta materia la Comisión General de Codificación, y que a la postre se plasmaría en el artículo 458 del CP del 48, si bien suavizándose las penas y

---

<sup>155</sup> Cfr. acta n.º. 32, p. 852.

<sup>156</sup> Ibidem.

aumentando de 100 a 500 duros la cuantía del daño a partir del la cual se imponía la mayor de las penas previstas para estos incendios.<sup>158</sup>

### **5.7 - "Incendios" en los que se exige la ausencia de peligro de propagación del fuego**

Toda esta argumentación para justificar el porqué de la sanción específica de unos determinados supuestos de incendios (los no previstos en los dos primeros artículos), en los que se considera, como hemos visto, que no hay peligro de propagación, se ve oscurecida, en principio, por la redacción y justificación del artículo siguiente. Dice así el artículo 459 del CP de 1848:

"En caso de aplicarse el incendio a chozas, pajar o cobertizo deshabitados, o a cualquier otro objeto cuyo valor no excediere de 50 duros, en tiempo y con circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación, el culpable no incurrirá en las penas señaladas en este capítulo, pero sí en las que mereciere por el daño que causare con arreglo a las disposiciones del capítulo siguiente."

De nuevo sirve este precepto para que la doctrina ponga de manifiesto que la regla general en materia de incendios

---

<sup>157</sup> Acta n°. 32, p. 852.

<sup>158</sup> Vid. nota introductoria a este epígrafe.

venía constituida por el artículo anterior, siendo el presente una excepción a la misma, esta vez disminuyendo de modo muy considerable su penalidad.<sup>159</sup>

Para poder aplicar esta excepción se deberá:

"...indagar y acreditar en el procedimiento, además del valor del daño causado, ... dos circunstancias esenciales, a saber: la entidad del objeto incendiado y la coincidencia de circunstancias no sólo que alejen, sino que *excluyan*, como oportunamente se dice en el artículo, *todo peligro de propagación*."<sup>160</sup>

Pero la ausencia de peligro de propagación ya habíamos concluido que era una de las notas esenciales del artículo anterior, por lo que parece que la única diferencia real con la regla general se encuentra en el escaso valor (50 duros), del objeto al que se le ha puesto fuego.

Tal vez nos dé algo de luz al respecto un repaso a los ejemplos con los que Pacheco ilustró sus Comentarios a estos dos artículos que se están comparando. Así, dentro de los incendios que entendía como regla general de estos delitos -artículo 458 del Código-, incluía entre otros, supuestos como: incendiar un almacén de coches o de granos,

---

<sup>159</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El CP ..., op. cit. Tomo III, p. 401.

Pasando los daños de 10 duros la pena sería de multa de tanto al triplo de la cuantía a la que ascendieren, no bajando nunca de 15 duros (artículo 467 del CP de 1848). No llegando a los 10 duros, nos encontraríamos en presencia de una mera falta, sancionable con multa de tanto al duplo del daño ocasionado (artículo 479 del mismo Código).

<sup>160</sup> CASTRO Y OROZCO de, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., CP explicado ..., op. cit. Tomo III, p. 61.

que se halla fuera de la población; o incendiar una galera cargada, que han dejado de noche fuera de la venta. A su vez, como ejemplo incardinable en la excepción que representa el artículo 459, aludía al incendio de un árbol en mitad de una pradera sin que pueda correr el fuego a ninguna otra parte.<sup>161</sup>

La explicación que el mismo Pacheco da para distinguir los supuestos incluibles en uno u otro precepto es la siguiente:

"...allí (artículo 458) se trata de un incendio que causó tal perjuicio; aquí (artículo 459) de uno que no pudo causar sino tal daño, porque la cosa a que se aplicaba no valía más de mil reales, y porque era imposible la propagación del incendio."<sup>162</sup>

Así, el incendio de la galera cargada o el del almacén de granos serían supuestos incardinables en el artículo 458 y no en el 459, no porque existiera un peligro de propagación del fuego a otros bienes, ya que se cuida de decirnos que la galera está fuera de la venta y el almacén fuera del poblado; sino porque aunque causaran daños por valor inferior a 50 duros, podían éstos haber sido mayores debido al mayor valor de la galera o del almacén.

---

<sup>161</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El CP ..., op. cit. Tomo III, pp. 400 y 401. Es necesario aclarar que todos estos comentarios fueron efectuados sobre los preceptos literalmente idénticos del Código penal de 1850, artículos 469 y 470 respectivamente.

<sup>162</sup> Ibid., p. 402. Los paréntesis son míos, pero la cursiva es del texto original.

Lo cual explica que no diga Pacheco, al contrario que al referirse a los incendios del artículo 459, que éstos, los del 458, son supuestos en los que no se puede causar más daño, aludiendo tan sólo al realmente causado.

En otras palabras, si en el ejemplo del árbol aislado en mitad de la pradera, las razones para su consideración de supuesto atenuado son dos, a saber: 1ª. La ausencia de peligro de propagación del fuego a otros bienes , y 2ª. El valor inferior a 50 duros del árbol; en los casos vistos del incendio de la galera o del almacén, su no consideración como supuestos atenuados se debe, a que sólo se da la primera de las dos circunstancias que se acaban de señalar, la imposibilidad de propagación del fuego a bienes distintos del inicialmente incendiado, no dándose la segunda, es decir, siendo el valor de dicho bien superior a los repetidos 50 duros.

Si recordamos que el daño ocasionado mediante incendio se consideraba, por sí sólo y al margen de su propagabilidad, como "circunstancia grave" que hacía necesaria una regulación específica de los mismos al margen de la genérica punición de los delitos de daños, y que tal regulación no es otra que la del artículo 458, observaremos que se produce un curioso fenómeno: La consideración agravada del medio destructor fuego, deja de serlo cuando el mismo se aplica a objetos valorados en menos de una determinada cantidad, en aquella época 50 duros.

Corroborar tal conclusión el hecho de la desaparición de la previsión expresa que se hacía en la primera propuesta de redacción del que luego sería el artículo 459 del Código del 48, relativa a que pese a la remisión de los incendios de bienes valorados por debajo de una pequeña cantidad a las disposiciones generales sobre daños, se debía seguir aplicando "la agravación resultante por el medio de su irrogación."<sup>163</sup> Agravación que no sería otra que la número 4

---

<sup>163</sup> La primera propuesta de la Comisión en esta materia fue la siguiente: "Artículo 57: El incendio de choza, pajar o cobertizo, si se hallaren aislados y deshabitados, y su valor no ascendiere a 10 duros; y el de cualquier otro objeto de la misma cuantía, siempre que se ejecutaren en tiempo y circunstancias que excluyeren la intención y la probabilidad de su propagación en mayores proporciones quedará sujeto a las disposiciones generales sobre daños, salvo la agravación resultante por el medio de su irrogación. Esta disposición es aplicable al incendio parcial y aislado de papeles o documentos, cualquiera que fuere su valor, y podrá hacerse extensiva a los demás casos que la prudencia de los Tribunales estimase como análogos." Acta n°. 32, p.854.

La propuesta que al final aprobó la Comisión experimentó alguna otra modificación, además de la supresión indicada en el texto: "Artículo 56 (se varió la numeración): Cuando el incendio se aplicare a choza, pajar o cobertizo deshabitado o cualquier otro objeto que no valiese diez duros en tiempo y con circunstancia que manifiestamente excluya el peligro de su propagación en mayores proporciones quedará sujeto a lo prevenido sobre daños en el Capítulo siguiente. Esta disposición es aplicable al incendio parcial de papeles o documentos y podrá hacerse extensiva a los demás casos que la prudencia de los Tribunales estimare como análogos." Acta n°. 33, p. 857.

Como se observa, se sigue exigiendo que las chozas, pajares o cobertizos estén deshabitados, pero ya no que estén aislados; lo cual parece lógico, en la medida en la que tiene que continuar sin estar presente el peligro de propagación del fuego.

Por último, y respecto de estas propuestas en relación con el artículo 459 del Código de 1848, en el que finalmente se plasmaron, indicar dos cuestiones:

1ª. Desaparece la referencia a que la ausencia del peligro de propagación lo sea "en mayores proporciones", seguramente por entenderla redundante; aunque ya veremos que lectura se puede extraer de tales palabras.

2ª. Las referencias al incendio de papeles y documentos se trasladan a sede de delitos de daños (artículo 466 del Código), desapareciendo la posibilidad que en las propuestas se daba a los Tribunales para apreciar supuestos análogos. Son



del artículo 10, referida a la ejecución de un delito por medio de inundación, incendio o veneno.

Por tanto, del dato que representa el concreto valor de un objeto, y excluido siempre el peligro de propagación, se deriva que los daños producidos por el fuego en el mismo sean sancionados como delito de incendio, o como delito de daños.

Una posible explicación de tal circunstancia, que de forma expresa se ha mantenido hasta la regulación de los incendios por el CP de 1995, y que pese al cambio de regulación, creo, subyace en la esencia del concepto penal de incendio, la veremos en el último capítulo de este trabajo.

## **5.8 - La imprudencia en el Código del 48**

A diferencia de lo visto con anterioridad al comentar el Código de 1822, y con mucha más razón respecto de la legislación previa a la codificación, en este Código del 48 la regulación de la imprudencia se efectúa de forma

---

interesantes las referencias que se hicieron en la Comisión en orden a la ausencia de peligro de propagación que representa la quema de documentos, estimándose por parte del Sr. Clarós que "...castigándolo como daño está completamente penado" (acta n.º 33, p. 857), así como la equiparación entre quemar y romper papeles que efectuó el Sr. Luzuriaga en su discusión sobre esta materia con el Sr. Gallardo (acta n.º 34, p. 863).

genérica y no mediante la creación de tipos específicos<sup>164</sup>, por lo que una vez comentados todos los tipos de delitos de incendios dolosos regulados en este Código, procede pasar a una enumeración de las faltas relacionadas con la materia objeto del presente estudio.

### **5.9 - Faltas relacionadas con los incendios**

Si bien en el Código de 1848 se clasifican las faltas en graves y menos graves, mientras que en la edición oficial reformada de 1850 se hace de forma conjunta, los supuestos de las mismas que caerían, más o menos directamente, en la órbita de los incendios son idénticos. En ambos Códigos se hace referencia a las siguientes infracciones<sup>165</sup>:

- Artículo 472-10º CP de 1848, (486-10ª CP 1850): "Serán castigados con una multa de 5 a 15 duros. ... 10º. Los que infringieren los reglamentos o disposiciones de la Autoridad sobre la custodia de materias inflamables o

---

<sup>164</sup> Se distingue entre una imprudencia temeraria constitutiva de delito, a la que se equipara la imprudencia simple con infracción de reglamentos (artículo 469), y una imprudencia simple sin infracción de reglamentos constitutiva de falta (artículo 480-7). Exigiéndose en los tres casos que el mal causado fuera, de mediar malicia, constitutivo de delito.

<sup>165</sup> Existe una tercera numeración si se maneja una edición del CP del 48 que sea posterior al decreto de 21 de septiembre de 1848. Vid. CÁRDENAS de, F., El Derecho moderno, revista de jurisprudencia y administración, (preguntar cómo citarlo) Tomo IX, Madrid, 1850, p. 4.

corrosivas, o productos químicos que puedan causar estragos."

- Artículo 479 CP de 1848, (492 párrafo 1º CP 1850): "El que por otros medios que los señalados en los artículos precedentes causare daño en bienes de otro que no exceda de 10 duros, será castigado con la multa del tanto al duplo del daño causado."

Este precepto sería el aplicable en aquellos supuestos de "incendios" de objetos valorados en menos de 50 duros en los que no exista peligro de propagación del fuego, y en los que finalmente el daño causado no exceda de 10 duros. La pena sería, pues, tan sólo de multa del tanto al duplo del daño causado.

- Artículo 481-2º, 4º, 5º y 6º CP de 1848, (494-2º, 4º, 5 y 6º CP 1850): "Serán castigados con el arresto de uno a cuatro días o una multa de 1 a 4 duros: ... 2.º El que pudiendo sin detrimento propio prestar a la Autoridad el auxilio que reclamare en casos de incendio, inundación, naufragio u otra calamidad, se negare a ello. ... 4.º El que infringiere los reglamentos relativos a la quema de montes, rastrojeras u otros productos de la tierra. 5.º El que contraviniera a las reglas establecidas para evitar la propagación del fuego en máquinas de vapor, calderas, hornos u otros lugares semejantes. 6.º El que disparare arma de fuego, cohete, petardo u otro proyectil dentro de población."

En este último supuesto, no sólo se trataría de prevenir o sancionar los riesgos derivados para las personas al poder verse alcanzadas por tales proyectiles, también se orienta el precepto a los incendios que se pudieran ocasionar con tales mecanismos, recuérdese al respecto la regulación de estos casos en el CP de 1822.<sup>166</sup>

- Artículo 482-10º CP de 1848, (495-7º CP 1850):  
"Incurrirá en la multa de ½ duro a 4: ... 10.º El que faltare a las reglas establecidas para el alumbrado público donde este servicio se haga por particulares."

Este supuesto puede estar relacionado con la prevención de incendios en tanto que el alumbrado de la época lo era mediante la combustión de los materiales idóneos para ello.<sup>167</sup>

- Artículo 482-16º CP de 1848, (495-13º CP 1850):  
"Incurrirá en la multa de ½ duro a 4: ... 16.º El que construyere chimeneas, estufas u hornos con infracción de los reglamentos, o dejare de limpiarlos o cuidarlos con peligro de incendio."

---

<sup>166</sup> Artículo 789 CP 1822. Vid. *supra* epígrafe 3.5.

<sup>167</sup> Distinto es el caso previsto en el artículo 480-5º del CP de 1848 (493-3º CP 1850), en el cual se sanciona a: "El que apagare el alumbrado público o del exterior de los edificios, o el de los portales o escaleras de los mismos", cuya razón de ser parece responder a otros motivos.

## **5.10 - Circunstancias agravantes que guardan relación con los incendios. Referencia al homicidio mediante incendio**

Nos queda, para completar las referencias que a los incendios se realizan en el Código de 1848/50, una breve referencia a algunas de las circunstancias agravantes que en él se recogen.

De entre las circunstancias genéricas que agravan la responsabilidad criminal recogidas en el artículo 10, expresamente aluden a los incendios las número 4 y 13.

La número 4 considera circunstancia agravante el ejecutar un delito "por medio de inundación, incendio o veneno".<sup>168</sup>

La perversidad del autor es la razón más atendida por la doctrina del momento para justificar la presencia de tal

---

<sup>168</sup> El hecho de que la referencia a la inundación anteceda a la del incendio no es casual; en las propuestas que se barajaban en la Comisión el incendio aparecía en primer lugar, siendo invertido el orden como consecuencia de la intervención del Sr. Presidente (Bravo Murillo), quien entendía que la inundación podía ocasionar mayores males que el incendio. Vid. Acta nº 57, p. 1035.

No deja de ser interesante el considerar como por un lado se acepta tal argumento que considera a las inundaciones más graves que a los incendios, y por otro, en la misma Comisión se consideró que las inundaciones en tanto que delitos en sí, y no como agravante, no se tendrán que castigar siempre como estragos, debiendo calificarse como meros delitos de daños cuando sean pequeñas. Cfr. Acta nº 33, p. 861

De las dos consideraciones anteriores se desprende que las inundaciones pueden ser de distinta magnitud, al igual que los incendios, pero ante una inundación de grandes dimensiones se está más indefenso que ante un gran incendio, por peligroso que éste sea.

agravante<sup>169</sup>, junto -esta vez sólo para la inundación y el incendio-, a la alarma y a la incalculable extensión del mal que pueden originar<sup>170</sup>; destacando también el carácter alevoso de las tres circunstancias que integran la agravante.<sup>171</sup>

En cuanto a la inundación y al incendio, será ésta una de las circunstancias que menos aplicación tendrán en la práctica, ya que raras veces se podrá considerar sólo como medio para cometer otro delito, constituyendo normalmente un delito por sí misma<sup>172</sup>; entrando por tanto en aplicación el párrafo primero del artículo 68 del mismo Código, que impide su consideración conjunta como delito y como agravante.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> Cfr. VIZMANOS de, T.M<sup>a</sup>. Y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ..., op. cit., Tomo I, p. 134. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, p. 58. ARAMBURU Y ARREGUI, J.D., "Instituciones de Derecho penal Español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850", Oviedo, 1860, p. 33.

<sup>170</sup> Cfr. VIZMANOS de, T.M<sup>a</sup>. Y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ..., op. cit., Tomo I, p. 135. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, p. 58.

<sup>171</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El Código Penal ..., op. cit. Tomo I, p. 221. MONTANOS FERRÍN, E., en Montanos Ferrin/Sanchez-Arcilla: Estudios de Historia del Derecho criminal, Madrid, 1990, pp. 312 y ss.

<sup>172</sup> Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, p. 58. CASTRO Y OROZCO de, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., Código Penal explicado ..., op. cit. Tomo I, p.88.

<sup>173</sup> Artículo 68 del CP de 1848, párrafo primero: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyan un delito especialmente penado por la ley, o que esta haya expresado al describirlo y penarlo."

No obstante, precisamente este carácter de delito que normalmente tendrá todo incendio, puede permitir la entrada en juego de la circunstancia agravante recogida en el número 11 del mismo artículo 10<sup>174</sup>: "Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro." Pese a todo, su incidencia a la hora de considerar un delito de incendio que se haya utilizado como medio para cometer otro delito, además de como tal delito de incendio, como circunstancia agravante, sería muy escasa de entender, como hacen Pacheco<sup>175</sup> y Aramburu<sup>176</sup>, que no sólo no será de aplicación esta circunstancia cuando se trate de un delito que siempre y necesariamente es medio para la comisión de otro, sino tampoco en aquellos casos en los que el delito medio (en lo que ahora nos ocupa, el incendio), sea más grave que el delito perseguido como fin.

Dado lo elevado de las penas de la mayoría de los supuestos de incendio, la dificultad de encontrar delitos fin que estén más gravemente considerados que éstos, y para los que el incendio sirva de medio, es muy alta; sobre todo si descartamos el homicidio entre los posibles delitos fin a los que acabo de aludir, ya que una de las circunstancias del artículo 323 del Código del 48 que cualifican el

---

<sup>174</sup> Cfr. PACHECO, J.F., El Código Penal ... , op. cit. Tomo I, p. 221.

<sup>175</sup> Ibid. pp. 230 y ss.

<sup>176</sup> Cfr. ARAMBURU Y ARREGUI, J.D., "Instituciones de Derecho penal..." , p. 37.

homicidio, agravando su pena, es precisamente el ejecutarlo por medio de incendio.<sup>177</sup>

En cuanto a la otra circunstancia genérica que agrava la responsabilidad criminal y que expresamente alude a los delitos que nos ocupan: "Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia" (número 13 del artículo 10), la clave de su previsión se encuentra en el gran peligro que tales eventos suelen representar para las personas<sup>178</sup>; de este peligro se derivarían las otras dos razones que se dan para justificar esta agravante, la perversidad de su autor, y la mayor facilidad para cometer el delito y asegurar la huida.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Artículo 324 del CP de 1848: "El que mate a otro, y no esté comprendido en el artículo anterior, será castigado: 1.º Con la pena de cadena perpetua a la de muerte, si lo ejecutare con alguna de las circunstancias siguientes: ... 3ª. Por medio de inundación, incendio o veneno. 4ª..." (El artículo 323 regulaba el parricidio).

No hay problema en denominar este precepto como el regulador del asesinato, si bien este Código es el que se ha mostrado más celoso con el origen del término "asesino", vinculado al parecer con el matar por mandato, y en este sentido más acorde con la circunstancia de matar por precio o promesa remuneratoria que con el conjunto del precepto. Cfr. MONTANOS FERRIN, E., en Montanos Ferrin/Sanchez-Arcilla: Estudios de Historia del ..., pp. 302 y ss.

En este sentido, Pacheco, al enumerar las circunstancias del artículo 333 del CP de 1850 (323 en el del 48), sustituye la terminología del Código -precio o promesa remuneratoria-, por la palabra asesinato. Cfr. PACHECO, J.F., El Código Penal ..., op. cit. Tomo III, p. 21.

<sup>178</sup> Cfr. VIZMANOS de, T.Mª. Y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ..., op. cit., Tomo I, p. 143. PACHECO, J.F., El Código Penal ..., op. cit. Tomo I, p. 233. Asemejando Pacheco el supuesto contemplado en esta agravante con el depósito miserable.

<sup>179</sup> Cfr. ARAMBURU Y ARREGUI, J.D., "Instituciones de Derecho penal...", p. 33. GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M., Elementos de Derecho ..., op. cit., Tomo III, p. 62. VIZMANOS de, T.Mª. Y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., Comentarios ..., op. cit.,



## 6- EL CÓDIGO PENAL DE 1870

### 6.1 - Introducción

Ya he aludido con anterioridad a las palabras del profesor Antón Oneca que, referidas al texto del CP revisado en 1963, decían: "...el vigente es el del 48 reformado"<sup>180</sup>. Afirmación que si bien en términos generales puede discutirse, en función de la importancia mayor o menor que se otorgue a las modificaciones introducidas en los sucesivos Códigos y reformas<sup>181</sup>, es bastante acertada en cuanto a la regulación de los delitos de incendio se refiere; no pudiendo hablarse con rigor de un cambio en la misma, salvo el paréntesis que supuso el CP de 1928, hasta el reciente texto de 1995.

---

Tomo I, p. 143. AURIOLES MONTERO, I., Instituciones del Derecho penal de España..., p. 43. Si bien este último autor sólo hace referencia a la segunda de las razones dadas: "la mayor facilidad para cometer u ocultar el delito".

<sup>180</sup> ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código Penal de 1822", op. cit., p. 263.

<sup>181</sup> Así, mientras Dorado Montero sostenía la identidad entre los Códigos de 1848 y de 1870, Jiménez de Asúa consideraba enorme el salto dado por el Código del 70 con respecto a la legislación penal anterior. Vid. DORADO MONTERO: "Código penal de 1870", en Enciclopedia jurídica española, Ed. Seix., IV, Barcelona, p. 599, y JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho penal, I, 1964, p. 195.

Es por esto que el estudio de los incendios en el CP de 1870 se va a efectuar sobre la base de su comparación con el de 1848, incidiendo sólo en lo que de novedoso tenga.

Junto con la necesidad de armonizar la legislación penal con el nuevo orden establecido por la Constitución de 1969, se pretendió, a la vez que aprovechar para corregir defectos de técnica, humanizar el Código.<sup>182</sup> Una muestra de ello la podemos obtener precisamente en la rebaja de las penas en los delitos que nos ocupan; así, los supuestos de incendio más gravemente considerados en el CP de 1848 (referidos al incendio de lugares habitados), pasan de estar sancionados en 1848 con la pena de cadena perpetua a muerte, a, según que casos, imponérseles bien la pena de cadena temporal en grado máximo a cadena perpetua, bien cadena temporal en toda su extensión a cadena perpetua.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Vid. ANTÓN ONECA, J.: "El Código penal de 1870", en ADPCP, 1970, T. XXIII, pp. 237, 241 y ss. NUÑEZ BARBERO, R.: La reforma penal de 1870, Salamanca, 1969, p.58.

<sup>183</sup> No obstante, parte de la doctrina vio en esta rebaja de penas excesiva benevolencia; así, Viada se pronunció a favor de la pena única de muerte para algunos de los supuestos de incendio del artículo 561 CP 1870, mientras que otros autores como Groizard o Langle manifestaron un juicio más moderado, solicitando para los supuestos más graves de incendios la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte. Vid. VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, 4ª ed., t. III, Madrid, 1890, p. 602. LANGLE RUBIO, E.: Código penal de 17 de junio de 1870, Madrid, 1915, p. 651. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870, concordado y comentado, t. VIII, Salamanca, 1899, p. 39.

**6.2 - Los supuestos de incendio más gravemente sancionados. El conocimiento o ignorancia de la presencia de personas en algunos de los lugares incendiados**

Precisamente en la regulación de éstos, los más graves supuestos de incendios, es donde se encuentra la principal novedad del CP de 1870. Así, el artículo 456 del CP del 48, que incluía por un lado el incendio de edificio, buque o lugar habitado, y por otro el de arsenal, astillero, almacén de pólvora, parque de artillería o archivo general del Estado, se ve en el CP de 1870 desdoblado en dos artículos, los números 561 y 562, a la vez que ampliado y modificado en parte.<sup>184</sup>

Ampliado al incorporarse al artículo 561 los supuestos de incendio de fábrica de pólvora, museo general del Estado, tren de viajeros en marcha, almacén de materias inflamables o explosivas en poblado, y de edificio destinado a reuniones con una concurrencia numerosa de

---

<sup>184</sup> Artículo 561 CP 1870: "Serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo a perpetua: 1.º Los que incendiaren arsenal, astillero, almacén, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar, parque de artillería, archivo o museo general del Estado. 2.º Los que incendiaren un tren de viajeros en marcha o un buque fuera de puerto. 3.º Los que incendiaren en poblado un almacén de materias inflamables o explosivas. 4.º Los que incendiaren un teatro o una iglesia u otro edificio destinado a reuniones, cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa."

Artículo 562 CP 1870: "Serán castigados con la pena de cadena temporal a perpetua los que incendiaren edificio, alquería, choza, albergue o buque en puerto, sabiendo que dentro de ellos se hallaban una o más personas."

personas en su interior;<sup>185</sup> así como al 562 los de incendio de alquería, choza y albergue, si bien tales supuestos podrían incluirse en el genérico: "cualquier edificio", al

---

<sup>185</sup> Groizard comienza distinguiendo los supuestos del artículo 561 en función de dos circunstancias: la naturaleza de la cosa incendiada, y el peligro que puedan correr las personas.

Los supuestos contemplados en los números primero y tercero entiende que se justifican en función de la primera de las circunstancias aludidas, mientras que los de los números segundo y cuarto encontrarían su razón de ser en la segunda.

Si bien el peligro también lo considera presente cuando del incendio de alguno de los edificios del número primero se trata, aunque parece referirlo únicamente a los mayores daños que para la propiedad se pudieran derivar.

En cuanto a los supuestos recogidos en el número tercero, aunque al referirse expresamente a ellos no alude al tema del peligro, sí que con anterioridad se había pronunciado a favor del entendimiento del peligro (sin referirlo expresamente a personas o a cosas), como la principal razón por la que desde antiguo las leyes venían distinguiendo entre los incendios en poblado y fuera de él.

Interesa destacar, por último, el comentario con el que Groizard concluye sus referencias a los supuestos recogidos en el número cuarto de este artículo 561: "La característica constituyente del título de incendio, que es el peligro, aparece en estos casos en toda su plenitud." A lo que a continuación añade: "La tranquilidad pública conmovida en su mayor intensidad, necesita ser restablecida por el cauterio de la pena, aplicada en los últimos extremos legales de su rigor."

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., pp. 26, 32, 33 y 36.

Por su parte Viada, que como en la nota anterior se ha visto se mostraba a favor de la pena de muerte para algunos de los supuestos más graves de incendio, distinguía dentro del artículo 561, por un lado el incendio de un tren de viajeros en marcha, de un buque fuera de puerto, de un teatro, de una iglesia u otro edificio destinado a reuniones hallándose dentro una concurrencia numerosa, y por otro los demás casos contemplados en dicho precepto. Para los primeros es para los que solicitaba la pena única de muerte, por entender que no sólo se comete con ellos un ataque directo a la propiedad, sino también "...un atentado gravísimo contra las personas, cuya vida se pone alevosamente en peligro, sin remedio o esperanza probable de salvación."

Para los otros incendios del artículo 561, los de los números primero y tercero, considera que la severidad de la pena deriva del "...atentado gravísimo que se comete contra la causa pública, y por la facilidad también de que se haga extensivo el daño a las personas..."; si bien se pronunciaba en favor de distinguir según los lugares incendiados estuvieran o no habitados en el momento de perpetrarse el incendio.

VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 602.

que aludía el artículo de referencia en el Código del 48 (artículo 456-1º).

En cuanto al hecho de abarcar dos artículos lo que antes aparecía sólo en uno, tiene que ver con la exigencia contenida en el artículo 562 del CP del 70 relativa a que el incendiario supiera de la presencia de como mínimo una persona en el interior de los lugares en él mencionados.<sup>186</sup>

Así, la distinción que se efectuaba entre el incendio de buques, en función de si están fuera de puerto o en él, está estrechamente relacionada con la exigencia del conocimiento de personas en el interior de los mismos a la que se acaba de hacer referencia. Por esto en el Código del

---

<sup>186</sup> No faltaron opiniones doctrinales, como la de Viada, que pese a la literalidad del artículo 562 exigiendo el conocimiento por parte del incendiario de la presencia de personas dentro de los edificios que en tal precepto se enuncian, interpretaron que siendo lo más frecuente el que en tales lugares e hallen una o más personas, puesto que sirven de habitación, habría que presumir el referido conocimiento de la existencia de gente en su interior. VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 603.

En la misma línea se posiciona Buenaventura Selva, si bien lo hace al comentar la ignorancia de la presencia de personas a la que se alude en el artículo siguiente. BUENAVENTURA SELVA, N.: Comentarios al Código penal reformado, Madrid, 1870, p. 255.

Por contra, mucho más respetuosa con la letra de la Ley se mostraba la opinión de Groizard: "Natural es, y también lo más frecuente, que ocupados estén dichos edificios o albergues. Sabido de igual modo es que, por prescripción de las Ordenanzas y aún por costumbre, los barcos ni en bahía ni en puerto se dejan solos; pero por mucho que se acentúe el riesgo que corran las personas a consecuencia del incendio en tales casos, el requisito de la ley sancionadora no se llena, ni decirse puede que concurre, sino probándose que el culpable al incendiar edificio, alquería, choza, albergue o buque en puerto, sabía que dentro de ellos se hallaban una o más personas." GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 48.

Del mismo sentir se pronunció Langle Rubio. Vid. LANGLE RUBIO, E.: Código penal ..., op. cit., pp. 651 y 652.

48, al no aludirse al conocimiento subjetivo de la presencia de personas, sino al hecho objetivo de la misma, bastaba con aludir al incendio de buque habitado, haciéndose innecesaria la distinción entre los buques que estuvieran navegando y aquellos otros que se encontraran en puerto; distinción congruente con el nuevo criterio subjetivo adoptado en el CP de 1870 en la medida en la que mientras de todo buque que se encuentre navegando puede estarse en la certeza de la presencia de personas en su interior, en aquellos que están en puerto no ocurre necesariamente lo mismo.<sup>187</sup>

Igual cambio en el criterio de punición se observa al comparar el número primero del artículo 457 del CP de 1848 (incendio de edificio o lugar destinado a servir de morada, que no estuviese actualmente habitado), con el número segundo del artículo 563 del Código de 1870,<sup>188</sup> en el que de nuevo se adopta un criterio subjetivo; independientemente de la presencia efectiva de personas lo relevante pasa a ser el que el autor del incendio lo ignore o no, siempre eso sí, que se trate de un edificio que habitualmente sea objeto de una tal presencia.

---

<sup>187</sup> Retómense las palabras de Groizard transcritas en la nota anterior.

<sup>188</sup> Artículo 563 CP 1870: "Se impondrá la pena de cadena temporal: 1.º A los que incendiaren un edificio público, si el valor del daño causado excediere de 2.500 pesetas. 2.º A los que incendiaren una casa habitada o cualquiera edificio en que habitualmente se reúnan diversas personas ignorando si había o no gente dentro, o un tren de mercancías en marcha, si el daño causado en los casos mencionados excediere también de 2.500 pesetas."

### **6.3 - La confusión de criterios: peligro para las personas/daño material**

Además, se produce en esta sede la segunda gran novedad del Código de 1870 respecto de su predecesor del 48; me estoy refiriendo a la combinación en un mismo supuesto de incendio del peligro para las personas y el daño material efectivamente producido. Así, como se observa en la última nota a pie de página, en la que se ha transcrito el artículo 563, no sólo se requiere que el incendio se lleve a cabo en un edificio donde habitualmente se encuentren personas, sino que también se requiere que el daño producido por el fuego haya superado una determinada cuantía. Tal novedad sorprende, pues supone que sin haberse acabado de regular todos los posibles supuestos en los que el incendio represente un peligro para las personas, se entra a valorar el criterio del daño material causado. Esta falta de método supone, en opinión de Groizard, un grave defecto.<sup>189</sup>

Exactamente igual sucede con el incendio en poblado de edificio no destinado a habitación que se sancionaba en el artículo 457-2º del CP de 1848, y que ahora en el del 70

---

<sup>189</sup> Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., pp. 51 y 52.

pasa al 564-2º añadiéndosele el requisito de haberse ocasionado unos determinados daños.<sup>190</sup>

Tal sistema obliga a prever los supuestos en los que los daños ocasionados quedan fuera de los inicialmente previstos; así, lo que en el Código del 48 ocurría sólo en un artículo, el 458, que además se refería a incendios donde por aplicarse el fuego a objetos no comprendidos en los artículos que le precedían el riesgo para las personas estaba normalmente ausente, en éste que ahora comentamos de 1870 se generaliza, sucediéndose una serie de preceptos de forma bastante asistemática van enlazando las cuantías de los daños requeridos para la aplicación de unos con el límite de los exigidos para pasar al siguiente o volver al anterior.<sup>191</sup> Así, el número primero del artículo 564 cubre

---

<sup>190</sup> Artículo 564 CP 1870: "Serán castigados con la pena de presidio mayor: 1.º Los que cometieren cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo anterior, si el valor del daño causado no excediere de 2.500 pesetas. 2.º Los que incendiaren en poblado un edificio, no destinado a habitación ni reunión, si el valor del daño causado excediere de 2.500 pesetas."

<sup>191</sup> Esta falta de método ya fue denunciada por Groizard: "En efecto: el número 1.º del artículo 564 ha debido ser el último párrafo del artículo 563, toda vez que no tiene otro alcance que hacer conocer la pena que debe imponerse a los que cometen cualquiera de los delitos en ese art. 563 especificados, cuando el valor del daño causado no llega al tipo en él señalado, o sea a 2.500 pesetas. No siendo menos claro que el número 2.º del artículo 564 y todos los apartados del 565, han debido formar un solo contenido, puesto que su objeto no es otro que la descripción de un delito especial, a saber: el incendio en poblado de un edificio no destinado a habitación ni reunión, y fijar una escala descendente de penalidad, aplicable a sus autores, según el mayor o menor valor del daño producido." GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 61.

A la falta de método anterior se une la confusión de criterios antes denunciada, de tal forma que al tratar de atender en unos mismos preceptos al criterio de encontrarse el lugar incendiado en poblado o en despoblado, y a la vez a la



la laguna dejada por la exigencia de unos daños mínimos en los supuestos recogidos en el 563; y a su vez el 565 hace lo propio, si bien fraccionando más las cuantías, con el mínimo de daños exigido por el 564-2º.<sup>192</sup>

#### **6.4 - Incendios de edificios destinados a habitación en lugar despoblado; e incendios de mieses, pastos, montes o plantíos**

Algo parecido a lo que se acaba de exponer sucede con los tres artículos siguientes. El 566 regula los supuestos de incendio de edificio destinado a habitación en despoblado y de mieses, pastos, montes o plantíos, siempre que se supere una cuantía concreta de daños; y en los artículos 567 y 568 se van estableciendo las penas a

---

cuantía de los daños materiales ocasionados, se facilita la aparición de lagunas. Este es el caso del incendio en poblado de edificio destinado a habitación pero sin que ninguna persona estuviera dentro al cometerse el delito. Según Groizard, esto se habría evitado de haber dado mayor relevancia a la distinción poblado/despoblado sobre cualquier consideración atinente a la cuantía de los daños producidos. *Ibid.* pp. 62 y 63.

<sup>192</sup> Vid. artículos 563 y 564 CP 1870, que se hallan transcritos en notas anteriores.

Artículo 565 CP 1870: "Cuando el daño causado en el núm. 2.º del artículo anterior no excediere de 2.500 pesetas, pero pasare de 250 se impondrá al culpable la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo.

Si no excediere de 250 pesetas se le impondrá la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio."

imponer en función de las menores cuantías de los daños producidos.<sup>193</sup>

En estos incendios, tanto en el de edificio destinado a habitación en despoblado como en el de mieses, pastos, montes o plantíos, no tiene por que darse la confusión de criterios valorativos que se daba en los anteriormente comentados. Esto que parece claro para el de mieses, pastos, montes o plantíos, puede suscitar dudas en el otro supuesto; si bien, hemos de tener presente que necesariamente se debe tratar de un edificio deshabitado, y por tanto no entraría en juego el peligro para las personas.<sup>194</sup>

La necesidad de que el edificio destinado a habitación y situado en despoblado esté deshabitado deriva, pese a no decirlo expresamente el artículo 566, del hecho de tener que remitirnos, bien al artículo 562, bien al 563-2º/564,

---

<sup>193</sup> Artículo 566 CP 1870: "Serán castigados con la pena de presidio correccional en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, cuando el daño causado excediere de 2.500 pesetas: 1.º Los que incendiaren un edificio destinado a habitación en lugar despoblado. 2.º Los que incendiaren mieses, pastos, montes o plantíos."

Artículo 567 CP 1870: "Cuando el daño causado en los casos del artículo anterior no excediere de 2.500 pesetas y pasare de 250, la pena será la de presidio correccional en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo."

Artículo 568 CP 1870: "Si no llegare a 250 pesetas, se impondrá la pena inferior en un grado, si el incendio se hubiere causado en edificio, y la inferior en dos, si hubiere sido de mieses, pastos, montes o plantíos."

<sup>194</sup> Así se entiende que en el CP de 1822 fueran precisamente supuestos perfectamente equiparables a estos del artículo 566 del CP de 1870 los únicos en los que el valor de los daños ocasionados por el fuego fuera tenido en cuenta para modular las penas, si bien con las limitaciones que se expusieron en su momento. Vid. *supra* epígrafe 3.4.

caso de que estuviera habitado el edificio incendiado; al primero de ellos si el incendiario sabía de la presencia de personas, y al segundo si ignoraba tal presencia.<sup>195</sup> Por tanto para que el incendio de un edificio en despoblado encontrara ubicación en el artículo 566, era necesario que el autor del mismo tuviera conocimiento de la no presencia de personas en su interior.

En cuanto a la regulación en el Código del 48 de estos incendios contemplados en el artículo 566 del CP de 1870, decir por lo que se refiere al incendio en despoblado de edificio destinado a habitación que, una vez dejada clara la necesidad de que tal edificio estuviera deshabitado, su equivalente en aquel Código se hallaba en el artículo 457-1º, que aludía al incendio "...en cualquier edificio o lugar destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado."<sup>196</sup> Y respecto del incendio de mieses,

---

<sup>195</sup> Vid. LANGLE RUBIO, E.: Código penal ..., op. cit., p. 655. VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 605. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 71. Este último autor, además, precisamente partiendo del entendimiento de la necesidad de ausencia de peligro para las personas en estos incendios de lugares destinados a habitación en despoblado, considera aceptable que la ley penal acuda como criterio para fijar la pena en tales casos al daño materia causado. Cfr. op. loc. cit.

Por otra parte, al igual que vimos al comentar los trabajos de la Comisión General de Codificación que sirvieron de base para el Código penal de 1848, también algún comentarista del Código de 1870 señala la mayor dificultad que representa un incendio en despoblado, en orden a la obtención de auxilios que pudieran disminuir los males del fuego. Vid. BUENAVENTURA SELVA, N.: Comentarios al Código penal reformado, op. cit., p. 256.

<sup>196</sup> Más evidente se presenta en el CP de 1822 el antecedente de este artículo 566 del Código del 70; se trata del artículo 788 de aquel Código, el cual, como ya vimos, aludía al incendio con intención de causar daños en edificios no habitados ni

pastos, montes o plantíos, también es el artículo 457 del CP del 48, esta vez en su número tercero, el que lo regulaba, pero sin entrar a valorar a efectos de pena el daño finalmente ocasionado por el fuego, cosa que sí se hace en el CP de 1870 en los artículos 567 y 568 anteriormente citados y transcritos en nota a pie de página; posición esta última que parece más lógica desde la consideración antes apuntada de la no necesidad de peligro para las personas en tales incendios.<sup>197</sup>

Para concluir con la regulación de los incendios de mieses, pastos, montes o plantíos en el CP de 1870 falta comentar el artículo 569 del mismo.<sup>198</sup> Incrementa la pena el citado artículo allí donde por existir otras mieses,

---

situados en poblado o contiguos a él. Vid. supra. epígrafe 3.4, nota pie página núm. 67.

<sup>197</sup> En este sentido se pronunciaba Viada, criticando precisamente por ello la anterior regulación de esta clase de incendios: "En cuanto al incendio de mieses, pastos, montes o plantíos, castigábale en todo caso el número 3.º del art. 468 del Código de 1850 con la pena de cadena temporal, sin distinción del daño causado. Creemos que no existiendo en esta clase de incendios peligro para las personas, pues que sólo constituyen un ataque a la propiedad, está justificada en extremo la diversidad de penas ... según la mayor o menor entidad del mal material del delito." VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 605.

<sup>198</sup> Artículo 569 CP 1870: "Cuando en el incendio de mieses, pastos, montes o plantíos hubiera habido peligro de propagación, por hallarse otros contiguos a los incendiados, se impondrá la pena superior en un grado de la correspondiente al delito."

Comparando este precepto con el artículo 788 del CP de 1822 podemos observar lo relativo que se nos presenta el concepto de propagación; en uno se hace referencia a materias combustibles puestas en situación de poder comunicar natural y ordinariamente el fuego a mieses, bosques, ..., y en el otro del peligro de la propagación del fuego puesto en esas mieses, ..., a otras próximas. Vid. supra artículo 788 CP 1822 en el epígrafe 3.4, nota pie página núm. 67.

pastos, montes o plantíos contiguos a los incendiados, se dé el peligro de que el fuego se extienda a los mismos.

Una tal previsión no encuentra parangón en el CP del 48. Así pues, y a diferencia de este último Código citado, en el de 1870, y respecto de los incendios de los que ahora estamos tratando, no sólo se distingue en función del daño finalmente causado, sino también y de forma independiente, en atención al peligro de propagación del fuego a mieses, pastos, montes o plantíos, distintos de los inicialmente incendiados.<sup>199</sup>

#### **6.5 - Otros incendios e "incendios" sin peligro de propagación**

Continúa el Código de 1870 con los incendios de cosas no comprendidas en los artículos anteriores (artículo 570<sup>200</sup>),

---

<sup>199</sup> Digo "independientemente", porque el artículo 569, con base en el peligro de propagación del fuego a otros predios, impone la pena superior en grado "de la del correspondiente delito"; pudiendo ser éste el regulado en el 568, cuando el daño no llega a 250 pesetas, el previsto en el 567, si superadas las 250 no pasa de 2.500, o el 566, si se supera la última cifra dada. Todo esto apunta al entendimiento de la posibilidad de existencia de peligro de propagación con independencia de la cuantía de los daños, aunque tampoco quepa desconocer, que por lo menos en abstracto la magnitud de las llamas representan un indicio de la presencia de tal peligro, magnitud que normalmente en esta clase de incendios suele guardar proporción con la cuantía de los perjuicios ocasionados.

<sup>200</sup> Artículo 570 CP 1870: "El incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores será castigado: 1.º Con la pena de arresto mayor en sus grados medio y máximo, no excediendo de 50 pesetas el daño causado. 2.º Con la de arresto mayor en su grado máximo a presidio correccional en su grado

siendo su regulación casi idéntica en su estructura a la que mantenía el CP del 48 en su artículo 458.<sup>201</sup>

Se sustituye el término "objeto" que aparecía en el Código de 1848 ( "... incendio de objetos no comprendidos ...), por el de "cosa" ("... incendio de cosas no comprendidas ..."), sin que tal sustitución terminológica venga a representar modificación alguna en el entendimiento del precepto. Las diferencias se encuentran en las cuantías que, al haber mediado más de 20 años, se ven actualizadas; a su vez que se establecen cuatro divisiones en función de la cuantía de los daños en lugar de las tres que aparecían en 1848. Por último, se observa una notable disminución en la penalidad de estos incendios, en los que únicamente parece atenderse a los perjuicios materiales realmente ocasionados por las llamas; si bien, ante la falta de sistemática denunciada, no cabe desconocer que en algún supuesto el peligro para las personas pueda estar presente.<sup>202</sup>

---

mínimo, si el daño causado excediere de 50 pesetas y no pasare de 500. 3.º Con la de presidio correccional en sus grados mínimo y medio, si el daño causado excediere de 500 pesetas y no pasare de 2.500. 4.º Y con la de presidio correccional en sus grados medio y máximo, si excediere de 2.500 pesetas."

<sup>201</sup> Vid. supra artículo 458 CP 1848, en epígrafe 5.6, nota pie página núm. 149.

<sup>202</sup> En este sentido, en la STS de 19 de diciembre de 1889, el Tribunal se vio obligado a incluir dentro de este artículo 570 el incendio de una casa deshabitada pero situada dentro de poblado; y ello en tanto que, como vimos, tal supuesto se encuentra fuera de los previstos por los artículos precedentes.

Casi para concluir, se mantiene en el artículo 571 del CP de 1870 el mismo contenido que en el 459 del Código de 1848.<sup>203</sup> Se trata de los incendios de determinados edificios y objetos, siempre con valor inferior a una cantidad prefijada -mayor, lógicamente, en 1870 que en 1848-, y sin peligro de propagación del fuego. Se debe señalar que mientras en 1848 se hablaba de: "... en tiempo y con circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación ...", en el Código del 70 se sustituye la partícula copulativa "y" por la disyuntiva "o". Este cambio, que no debería tener trascendencia de entender la referencia al tiempo como la explicitación de una de las circunstancias que más frecuentemente inciden en el peligro de propagación del fuego, sí que la tiene; y esto en la media en la que ese peligro se ha venido entendiendo en muchas ocasiones como peligro abstracto, con lo cual, una vez considerado un determinado momento temporal como propicio para la propagación de las llamas, ya no sería necesario entrar a valorar si el resto de circunstancias podrían ejercer como anuladoras de un tal peligro.

---

<sup>203</sup> Artículo 571 CP 1870: "En caso de aplicarse el incendio a chozas, pajares o cobertizos deshabitados, o a cualquier otro objeto cuyo valor no excediere de 250 pesetas, en tiempo o con circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación, el culpable no incurrirá en las penas señaladas en este capítulo, pero sí en las que mereciere por el daño que causare con arreglo a las disposiciones del capítulo siguiente."

Es interesante destacar el siguiente comentario de Viada respecto de este precepto: "El que incendia un objeto aislado, ..., sin peligro de que se corra el incendio a otros objetos, no ha apelado al fuego sino como a un medio como cualquiera otro, de ocasionar un daño limitado." VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 608.

En cuanto al incendio de papeles y documentos, que en el Código del 48 se encontraba regulado en el Capítulo de los daños, permanece igual en el Código de 1870; si bien, la pena se ve un poco disminuida.<sup>204</sup>

Sumamente interesante, a efecto de ulteriores conclusiones, son las limitaciones que Groizard impone a tales quemas de papeles y documentos para poder sancionarlas con arreglo al Capítulo de los daños. Entendía este autor que los requisitos que el artículo 571, antes visto, imponía para poder acudir a las penas de los daños, frente a unos ocasionados por el fuego, eran aplicables en todo caso: "Así, pues, el incendio de papeles y documentos cuyo valor pase de 250 pesetas, y aun el que no pase de esa cantidad, si ha existido peligro de propagación del fuego, no se castigará con arreglo al Capítulo de que forma parte el artículo que comentamos."<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Artículo 578 CP 1870: "El incendio o destrucción de papeles o documentos cuyo valor fuere estimable, se castigará con arreglo a las disposiciones de este capítulo.

Si no fuere estimable, con las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado medio y multa de 250 a 2.500 pesetas.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando el hecho no constituya otro delito más grave."

<sup>205</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 262.



## 6.6 - La nueva regulación del incendio de bienes propios

Para concluir, en cuanto al núcleo de la regulación de los incendios en el Código de 1870, hay que referirse a los que afectan a bienes propios. Por un lado se mantiene casi en idénticos términos el artículo 462 del CP de 1848, que ahora pasa a ser el 573.<sup>206</sup> La única variación es la referencia expresa a que se trate de un incendio en "bienes ajenos", lo cual obliga a que no puedan tener cabida en este precepto aquellos supuestos en los que sólo resultaran dañados por las llamas bienes propios, y esto con independencia de que resultara puesta en peligro, bien alguna persona, bien la propiedad ajena. Cuestión ésta que como vimos era discutida en el Código de 1848, al ser su artículo 462 el único que regulaba el incendio de bienes propios, y dado que como se desprende de lo dicho unas líneas más arriba no incluía la exigencia de que se llegaran a incendiar también bienes ajenos.

Un segundo artículo, el 574<sup>207</sup>, completa la regulación de los incendios de bienes propios en el Código de 1870, dando

---

<sup>206</sup> Artículo 573 CP 1870: "El culpable de un incendio o estragos en bienes ajenos, no se eximirá de las penas impuestas en este capítulo aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia."

<sup>207</sup> Artículo 574 CP 1870: "Si las cosas incendiadas pertenecieren exclusivamente al incendiario, se le impondrá la pena de arresto mayor en su grado máximo, a prisión correccional en su grado mínimo, si el incendio hubiere sido causado con propósito de defraudar los derechos de tercero o de causarle perjuicio, o si aún sin este propósito, se le hubiere realmente causado, o bien si la cosa incendiada hubiere sido un edificio en lugar poblado."

sentido a la inclusión de la exigencia de que el fuego afectara a bienes ajenos que, como ya se ha dicho, se incorporó al artículo 573.

De la regulación de este nuevo precepto se pueden extraer las siguientes consideraciones:

1.ª Aunque nada se dice expresamente en orden a sancionar el incendio de bienes propios del cual tan sólo se derive peligro para la propiedad ajena, tal supuesto será frecuente cuando el bien propio incendiado sea un edificio situado en poblado.<sup>208</sup>

2.ª En cuanto a aquellos incendios de bienes exclusivamente propios de los que se derive peligro para las personas, nada se dice expresamente. De esta forma, tales supuestos se encuentran en principio con más dificultades de ser sancionados en el CP de 1870 que en el

---

<sup>208</sup> Como se recordará, en las discusiones de la Comisión General de Codificación de los trabajos sirvieron de base para la elaboración del Código penal de 1848, ya se puso de manifiesto como los progresos de la civilización en cuanto a los materiales utilizados en la construcción de las viviendas, hacían recomendable, en tanto que el objeto de protección perseguido fuera la vida de las personas, sustituir la distinción entre incendios en poblado y despoblado por la de incendios en edificios habitados o no habitados. Vid. supra epígrafe 5.4.

Pues bien, en coherencia con la anterior consideración, la doctrina de la época, al comentar el supuesto del artículo 574 del CP de 1870 del incendio de edificio propio en lugar poblado, no hace referencia directa alguna al peligro para las personas como razón de ser de tal regulación, limitándose a aludir al peligro de propagación del fuego y a la alarma que tal incendio al producirse en poblado ocasiona. Cfr. VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 613. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 186. BUENAVENTURA SELVA, N.: Comentarios al Código penal reformado, op. cit., p. 258. Este último autor, en lugar de aludir a la alarma social, lo hace al perjuicio que ocasiona directamente al ornato y a la riqueza pública.

del 48; y ello porque, una vez descartada su posible cobertura por la remisión genérica del artículo 573 al no haberse visto dañados bienes ajenos, la redacción del 574 lo impide al aludir a unos supuestos concretos.<sup>209</sup> Supuestos concretos entre los que tan sólo tratándose del incendio de un edificio en lugar poblado se estará algunas veces sancionando tal puesta en peligro.

No obstante, entiendo que sin necesidad de acudir a la regulación expresa del incendio de bienes propios, aquellos supuestos que encajen en cualquiera de los artículos precedentes, cuya principal razón de ser fuera la protección de la vida y/o salud de las personas, podrían ser objeto de sanción en virtud de los mismos, con independencia de la titularidad dominical de los bienes afectados.

3.ª Se recoge el incendio de bienes propios con intención defraudatoria; supuesto que con anterioridad sólo había quedado a nivel de propuesta.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> Así se comprende que Groizard, en su comentario a este artículo 574, y tras aseverar que el propósito de tal precepto es: "... que no quede sin sanción el incendio, cuando las cosas pertenezcan exclusivamente al incendiario, siempre que, por consecuencia del hecho, corriesen riesgo las personas, o se tratase de defraudar a alguno, o se perjudicase a tercero", tuviera que acabar concluyendo, dada la redacción del precepto, en la que no se habla del incendio de edificio habitado, sino de edificio en poblado, que: "... esta circunstancia pudiera dar lugar a que se sostenga que no incurre en responsabilidad el que incendia un edificio de su propiedad destinado a habitación, si se encuentra en despoblado." GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., pp. 183 y 186.

<sup>210</sup> *Vid. supra* epígrafe I.5.2.

4.<sup>a</sup> Se equipara el incendio de bienes propios con ánimo de defraudar o perjudicar a terceros, con aquél que realmente les ha perjudicado pese a no habérselo propuesto su autor.<sup>211</sup>

## **6.7 - Las faltas relacionadas con los incendios**

Con relación a la regulación de las faltas en el CP de 1870, y comparando la misma con la precedente del CP de 1848, destacar para comenzar que ahora se clasifican en títulos y Capítulos a diferencia de la distinción genérica que en Código del 48 se efectuaba entre faltas graves y menos graves, distinción ésta que incluso desapareció en la edición de 1850.

---

<sup>211</sup> En opinión de Groizard: "Igualar en el castigo al que perjudica a tercero cuando obra con dañado fin, con imprudencia temeraria o sin ninguna clase de imprudencia, es ponerse en contradicción flagrante con los principios cardinales que constituyen la teoría de la imputabilidad." Continúa el citado autor considerando que, aunque tal vez no fuera la intención del legislador el sancionar a quien obrando con la debida diligencia y sin proponérselo acaba causando un perjuicio real a otro, "... no lo ha expresado así y ha formulado una regla general sin establecer ninguna clase de excepciones, el defecto legislativo existe y cuando llegue el día de la reforma del Código deberá ser subsanado." GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 185.

Por su parte, Langle Rubio, años más tarde, sigue extrañándose ante la redacción de este supuesto de incendio, y tal vez porque pese al paso del tiempo dicha previsión no había sido modificada, opta por entender directamente que: "Como para la imputabilidad de las acciones es necesaria la concurrencia del dolo o de la culpa, por lo menos, ... debe interpretarse el texto del art. 574 en el sentido de que no exista responsabilidad para quien obre sin cometer siquiera un acto de imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos." LANGLE RUBIO, E.: Código penal ..., op. cit., pp. 660 y 661.

No obstante tal ordenación sistemática, apenas hay variaciones de contenido en cuanto a las conductas sancionadas relacionadas con los incendios.<sup>212</sup> Tan sólo cabría señalar la novedad, más aparente que real, que representa la falta del artículo 614, dentro del Título IV (De las faltas contra la propiedad):

---

<sup>212</sup> Libro III: De las faltas y sus penas.  
Título I: De las faltas de imprenta y contra el orden público.

Capítulo II: Faltas contra el orden público.

Artículo 587 CP 1870: "Serán castigados con la pena de uno a cinco días de arresto o multa de 5 a 50 pesetas, los que dentro de población o en sitio público o frecuentado dispararen armas de fuego, cohetes, petardos u otro proyectil cualquiera que produzcan alarma o peligro." (Se corresponde con el artículo 481-6º CP 1848).

Artículo 589-7º: "Serán castigados con la multa de 5 a 25 pesetas y reprensión: ... 7.º Los que no prestaren a la Autoridad el auxilio que reclamare en caso de delito, de incendio, naufragio, inundación u otra calamidad, pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo personal." (Se corresponde con el artículo 481-2º CP 1848).

Título II: De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones.

Artículo 598-2º: "Serán castigados con las penas de cinco a diez días de arresto o multa de 25 a 75 pesetas: ... 2.º Los que faltaren a las reglas establecidas para el alumbrado público, donde este servicio se hiciere por los particulares." (Se corresponde con el artículo 482-10º CP 1848. Por su parte el número primero de este mismo artículo 598 CP 1870 se corresponde con el 480-5º CP 1848. *Vid. supra* epígrafe I.5.9, en nota a pie de página).

Artículo 601-1º y 4º: "Serán castigados con la pena de 25 a 75 pesetas: 1.º Los que contravinieren a las reglas establecidas para evitar la propagación del fuego en las máquinas de vapor, calderas, hornos, estufas, chimeneas u otros lugares semejantes, o construyeren esos objetos con infracción de los reglamentos, ordenanzas o bandos, o dejaren de limpiarlos o cuidarlos con peligro de incendio. ... 4.º Los que infringieren los reglamentos, ordenanzas o bandos de la Autoridad sobre elaboración y custodia de materias inflamables o corrosivas o productos químicos que puedan causar estragos." (El número 1º se corresponde con los artículos 481-5º y 482-16º CP 1848, y el 4º con el 472-10º también del CP 1848).

Título IV: De las faltas contra la propiedad.

Artículo 615-1º: "Serán castigados con la multa de 5 a 25 pesetas: 1.º Los que infringieren los reglamentos o bandos de buen gobierno sobre quema de rastrojos u otros productos forestales." (Se corresponde con el artículo 481-4º CP 1848).

Artículo 614 CP 1870: "Serán castigados con la pena de arresto menor, o multa de 5 a 125 pesetas, los que ejecutaren incendio de cualquiera clase, que no esté penado en el libro 2º de este Código."

Mantengo que tal novedad es más aparente que real debido a que la cláusula de cierre que parece representar este precepto ya la encontramos en el Código del 48 en su artículo 479, que recordemos sancionaba como falta al que por medios no descritos en sus artículos precedentes causaren daño a otro que no excediera de 10 duros. En esta ocasión la posibilidad de calificar unos hechos como constitutivos de la falta del artículo 614 del CP de 1870 sólo sería posible en virtud de la remisión a la pena del Capítulo de los daños que efectúa el artículo 571 del mismo cuerpo legal, que como se recordará se refería al incendio de objetos cuyo valor no superara las 250 pesetas y en los que estuviera excluido todo peligro de propagación.<sup>213</sup> Pues bien, cuando los perjuicios ocasionados por el fuego en tales casos fueran iguales o inferiores a 50 pesetas, el artículo 614 ahora comentado sería el aplicable (de superar

---

<sup>213</sup> El artículo 570 CP 1870, transcrito notas atrás, al referirse por un lado al incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores, y por otro no imponer un mínimo de daños necesarios para la apreciación de su número primero, se convierte en una barrera infranqueable, con la excepción que se comenta en el texto, para acceder a la falta del artículo 614. Esta cláusula de cierre que para los delitos de incendio viene a representar el artículo 570 del CP de 1870, y que ya venía representándola el artículo 458 del Código del 48, será muy discutida en Códigos posteriores, como tendremos ocasión de ver, al surgir lagunas debidas a la no coordinación de las cuantías de los daños exigidos por algunos tipos.

los daños las 50 pesetas, pero sin llegar a las 250, estaríamos ante un delito de daños de los artículos 577 ó 579 CP 1870).<sup>214</sup>

Sin embargo, el precepto realmente equivalente a la falta del artículo 479 del CP de 1848 que podemos encontrar en el de 1870, no es la falta del 614 que se acaba de comentar, sino la regulada dos artículos después, en el 616:

Artículo 616 CP 1870: "Serán castigados con la pena de arresto de uno a cinco días o multa de 5 a 25 pesetas, los que causaren un daño de los comprendidos en este Código, cuyo importe no exceda de 50 pesetas."

Éste, entiendo yo, debería ser el precepto aplicable ante hechos como los descritos más arriba.<sup>215</sup> Esta opción supone implícitamente negar la consideración de incendio a los hechos referidos, que recordemos consistían en la causación mediante fuego de unos perjuicios materiales inferiores a 50 pesetas y sin peligro alguno para otros bienes.

---

<sup>214</sup> Vid. VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 791. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 477. LANGLE RUBIO, E.: Código penal ..., op. cit., p. 657.

<sup>215</sup> El propio Viada, que como se desprende de su cita en la nota anterior, reconducía los daños inferiores a 50 pesetas, cuando habían sido ocasionados por el fuego pero sin peligro de propagación, a la falta del artículo 614 CP 1870; cuando comentaba el artículo 571 del mismo Código, entendía que era justo que la Ley viera en el autor de tales hechos no "... un incendiario, sino un simple dañador". VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 608.

Con este entendimiento, que espero encuentre cumplida justificación a lo largo del presente trabajo, la falta del artículo 614 del CP de 1870, en la que, como se ha visto, la doctrina de la época ubicaba los daños referidos, quedaría absolutamente inaplicable.<sup>216</sup>

#### **6.8 - El incendio como circunstancia del delito de asesinato**

Ya se dijo que aunque en el CP de 1848 no aparecía nominalmente la figura penal del asesinato, sí que materialmente se encontraba presente en su artículo 324, cuya tercera circunstancia cualificadora del homicidio incluía el dar muerte a otro mediante incendio. Pues bien, tal circunstancia sigue presente en el artículo 418 del CP de 1870, otorgando, esta vez de forma expresa, la calificación de asesinato para aquellos homicidios en los que concurra.

En aquel Código se trajo a colación el tema del "asesinato" en la medida en la que existía una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal consistente en "ejecutar el delito como medio de perpetrar

---

<sup>216</sup> Aunque el principio de vigencia de las normas obligue a buscar una interpretación que haga aplicable todo precepto conforme al resto del Ordenamiento, no se puede llegar a sacrificarlo todo en aras a no vulnerar tal principio. Éste, entiendo, es uno de esos casos.



otro" (la número 11 del artículo 10 CP 1848).<sup>217</sup> En éste de 1870 el tema se plantea ante la relevancia ya comentada del conocimiento/ignorancia, por parte del incendiario, de la presencia o ausencia de personas en el interior de los edificios a los que aplique el fuego. Así, cuando en el artículo 562 se sanciona a quien incendia un edificio sabiendo que dentro se hallan una o más personas, surge la cuestión de su diferenciación con el delito de asesinato, en el grado de ejecución que corresponda según la efectiva o no pérdida de vidas humanas.

En opinión de Buenaventura Selva se daba una contradicción entre la regulación del asesinato, según su circunstancia tercera, y el delito de incendio del artículo 562. Conviniendo que para evitar una tal incongruencia, siempre que de resultados del incendio de un edificio resultará alguna persona muerta, el caso sería de asesinato. Caso de no resultar ninguna muerte se estaría ante un asesinato frustrado que debería ser sancionado a través del delito de incendio del artículo 562 por tratarse de la regulación de un caso especial.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> En cuanto a las circunstancias agravantes genéricas de la responsabilidad criminal que guardan relación directa con los incendios, y que pueden ayudarnos a entender mejor estos delitos, su regulación en el CP de 1870 no presenta otra variación que la afortunada desaparición de la circunstancia 11ª del artículo 10 CP 1848, a la que hace referencia en el texto. El cometer un delito mediante incendio, y el hacerlo con ocasión del mismo, siguen siendo agravantes genéricas, manteniendo además idéntica numeración que en 1848: artículo 10, circunstancias 4ª y 13ª respectivamente.

<sup>218</sup> Vid. BUENAVENTURA SELVA, N.: Comentarios al Código penal reformado, op. cit., p. 254.

Más acertada parece la opinión que al respecto mantenían otros autores, como Groizard y Langle Rubio; entendían que lo que debía decantar la balanza hacia el platillo del asesinato o al del incendio del artículo 562, era la intención o no de matar que respectivamente tuviera el autor del incendio en el momento de producirlo, y esto con independencia de los eventuales resultados lesivos para las vidas de las personas.<sup>219</sup>

## **7 - EL CÓDIGO PENAL DE 1928**

### **7.1 - Introducción. La nueva ubicación sistemática.**

#### **Novedades con respecto al Código penal de 1870**

Este cuerpo legal representó un paréntesis en la línea legislativa que hemos venido viendo hasta ahora; paréntesis que si a nivel general viene marcado por la penetración en el mismo de los principios de la defensa social.

---

<sup>219</sup> Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., pp. 45 y 46. LANGLE RUBIO, E.: Código penal ..., op. cit., p. 652.

entremezclados con el correccionalismo autóctono,<sup>220</sup> a nivel de los delitos objeto de nuestro estudio pudiera pensarse en un primer momento que se manifiesta de forma más pronunciada.

Esta aparente ruptura de la regulación de los delitos de incendio respecto de la que venía siendo tradicional, se intuye con sólo ver la nueva ubicación sistemática del grueso de los delitos con esta denominación, dentro del Título IX (Libro II): "Delitos contra la seguridad colectiva", frente a la que venía siendo su ubicación clásica en sede de delitos contra la propiedad. Basándose en tal dato algún autor no tuvo reparo en lanzarse al vacío:

"En el viejo (Código), el incendio como delito, tenía que tener como fin principal y único, el causar daño. Por eso, consecuente con este principio, figuraban los delitos de incendio, dentro de los cometidos contra la propiedad, a diferencia del Código nuevo, que, dando mayor importancia al elemento peligro social que caracteriza el incendio como delito, aunque nada más sea por el terror que produce, lo incluye dentro del título de los ejecutados contra la seguridad colectiva."<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> Cfr. ANTÓN ONECA, J.: "Los antecedentes del nuevo Código penal", en RGLJ, t. 154, Madrid, 1929, pp. 30 y ss., en especial p. 37.

<sup>221</sup> FERREIRO RODRÍGUEZ, F.: Las nuevas figuras del delito, La Coruña, 1929, pp. 69 y 70.

A poco que se recuerde de lo expuesto hasta el momento, se observará su enfrentamiento con la idea que se acaba de transcribir, en lo que se refiere a la consideración del bien jurídico propiedad como el principal y único protegido por la regulación de los incendios en los Códigos anteriores.

Si damos una leída a la regulación que el CP de 1928 efectúa de los delitos de incendio,<sup>222</sup> podremos darnos

---

<sup>222</sup> CP 1928, Libro II, Título IX (Delitos contra la seguridad colectiva), Capítulo II (Delitos de incendio).

Artículo 579: "El que incendiare edificio público o particular destinado a reuniones, iglesia, fábrica, taller, almacén de materias inflamables o explosivos, tren militar o de viajeros, tranvía, automóvil u otro vehículo, buque, nave o aeronave, cuando se hallen dentro personas en el momento de cometer el incendio, será castigado con la pena de veinte a treinta años de reclusión.

Si el número de personas que se encontraren dentro de los lugares designados fuese limitado al de las encargadas de su custodia o conservación, o se tratase de habitaciones particulares o de cualquier otro recinto no destinado a reuniones, la pena será de quince a veinte años de reclusión."

Artículo 580: "El que incendiare edificio o cualquier otro de los lugares o cosas a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hallare dentro alguna persona, siempre que el incendio fuere en poblado o con peligro de que se propague a otros edificios, lugares o cosas de la misma clase, será castigado con la pena de diez a quince años de reclusión."

Artículo 581: "Serán castigados con las penas de seis a diez años de reclusión: 1.ª Los que incendiaren, en despoblado, edificio público o destinado a un servicio público o a otro objeto de utilidad general, siempre que no se hallaren personas dentro ni haya peligro de propagación. 2.ª Los que incendiaren bosques, mieses, pastos o cosechas de cualquier clase, pendientes o recogidas, siempre que hubiere peligro de propagación a otros objetos o productos análogos de distintos dueños.

Estas penas serán impuestas en su grado máximo cuando el daño causado fuere superior a 5.000 pesetas."

Artículo 582: "Se impondrá la pena de doce a veinte años de reclusión a los que incendiaren una casa habitada o cualquiera edificio en que habitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había o no gente dentro, o un tren de mercancías, o cualquier otro elemento de transporte de las mismas, si el daño causado en los casos mencionados excediere también de 5.000 pesetas.

cuenta, que, como dijo Jaramillo: "... se revisten con nuevo ropaje tales figuras, pero en esencia se encuentran aquí todas a las que se refería el Código anterior, ...".<sup>223</sup>

Comete no obstante un error el citado autor, cuando a continuación considera como nueva la figura del artículo

---

Cuando el daño no excediere de 5.000 pesetas la pena será de seis a doce años de reclusión."

Artículo 583: "Los que incendiaren en poblado un edificio no destinado a habitación ni reunión, si el valor del daño causado excediere de 5.000 pesetas incurrirán en la pena de seis a diez años de reclusión.

Cuando el daño causado en el artículo anterior no excediere de 5.000 pesetas, pero pasare de 250, se impondrá la pena de dos a seis años de reclusión.

Si no excediere de 250 pesetas se le impondrá la pena de seis meses a dos años de reclusión."

Artículo 584: "Serán castigados con la pena de cuatro a diez años de reclusión cuando el daño causado excediere de 5.000 pesetas: 1.º Los que incendiaren un edificio destinado a habitación en lugar despoblado. 2.º Los que incendiaren mieses, pastos, montes o plantíos.

Cuando el daño causado en estos casos de los números anteriores no excediere de 5.000 pesetas y pasare de 250, la pena será de dos a cuatro años de reclusión.

Si no excediere el daño de 250 pesetas, se impondrá la pena de seis meses a dos años de reclusión."

Artículo 585: El incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores será castigado: 1.º Con la pena de dos meses y un día a seis meses de reclusión no excediendo de 100 pesetas el daño causado. 2.º Con la de cuatro meses a dos años de reclusión si el daño causado excediere de 100 pesetas y no pasare de 1.000. 3.º Con la de seis meses a cuatro años de reclusión si el daño causado excediere de 1.000 pesetas y no pasare de 5.000. 4.º Con la de dos a seis años de reclusión si excediere de 5.000 pesetas."

Artículo 586: "Si las cosas incendiadas pertenecieren exclusivamente al culpable, se le impondrá la pena de cuatro meses a dos años de reclusión, si el incendio hubiere sido causado con propósito de defraudar los derechos de tercero, o de causarle perjuicio, o si, aun sin este propósito, se le hubiere realmente causado, o bien si la cosa incendiada hubiere sido un edificio en lugar poblado."

Artículo 587: "Cuando por capricho y espíritu de destrucción, y sin ninguna utilidad personal ni pública, el propietario de una cosa de valor evidente para la colectividad, la destruyere o incendiare, aunque no haya peligro de propagación ni perjuicio para tercero, se le impondrá la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas."

586, relativa al incendio de bienes propios cuando haya sido causado con propósito de defraudar los derechos de un tercero o de originarle perjuicio, o si aun sin este propósito, se le hubiere realmente causado o simplemente si se trata de un edificio en lugar poblado.<sup>224</sup> Tal figura, con los cambios correspondientes en las penas, y con la sustitución de la palabra incendiario por la de culpable para referirse al autor del incendio, se encontraba literalmente prevista, como se vio y comentó en su momento, en el artículo 574 del CP de 1870.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> JARAMILLO GARCÍA, A.: Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870, vol. II, Salamanca, 1929, p. 247.

<sup>224</sup> *Ibidem*.

<sup>225</sup> Junto a la consideración como nuevo del artículo 586 del CP de 1928, también alude Jaramillo, esta vez con más acierto, a la novedad que representa el 587. (*Ibidem*). Este precepto, transcrito unas notas antes, sancionaba el incendio de bienes propios sin que reporte ninguna utilidad personal ni pública, siempre que se trate de bienes con evidente valor para la colectividad, e independientemente de que esté excluido todo peligro de propagación del fuego y todo perjuicio para tercero.

Ya en el CP de 1870, en su artículo 574 (el equivalente al 586 CP 1928 que se acaba de referir en el texto), se podría apreciar una limitación en los derechos dominicales; límite derivado "... de que el uso de un derecho, cualquiera que él sea, concluye allí donde empieza a contrariar o a vulnerar el de los demás." GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 183. En idéntico sentido VIADA Y VILASECA, S.: Código penal reformado de 1870, t. III, op. cit., p. 613.

Ahora, en el CP de 1928, precisamente en virtud del artículo que se está comentando, (587), que además no incluye exclusivamente como medio comisivo el fuego, sino cualquier otro (destruir e incendiar son los verbos típicos que emplea), la teoría individualista y radical que se personificaba en el *ius abutendi* y que no veía límite alguno en el goce y disfrute de la propiedad, se ve claramente contrariada. Vid. FERREIRO RODRÍGUEZ, F.: Las nuevas figuras del delito, La Coruña, 1929, pp. 69 y 70.

Este precepto consagra, en opinión de Jiménez de Asúa y Antón Oneca, la concepción de la propiedad como función social. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal conforme al Código de 1928, II Parte especial, 1ª ed., Madrid, 1929, p. 200.

Este error, compartido por algún otro autor,<sup>226</sup> es sumamente relevante a los efectos de la determinación de la posible variación del bien o bienes jurídicos protegidos en la regulación de los incendios entre el CP de 1870 y el nuevo de 1928.

Así, precisamente basándose en la falsa creencia de la novedad del precepto antes citado, Jaramillo deducía que "... no es ahora el fin principal ocasionar un daño, sino la posibilidad de causarlo."<sup>227</sup>

Dado que la conducta prevista por el artículo en cuestión ya estaba sancionada en el CP de 1870, deberemos entender, a *sensu contrario*, que también antes existían argumentos para sostener que no era el fin principal de la regulación de los delitos de incendio el proteger frente a efectivas lesiones de bienes jurídicos, sino frente a las serias posibilidades de que tales lesiones llegaran a producirse.

Se habrá observado en la lectura del Capítulo dedicado a los incendios (transcrito antes en nota a pie de página), la ausencia de uno de los tipos delictivos que en los anteriores Códigos de forma más clara nos permitía apuntar hacia la naturaleza esencialmente de peligro de los

---

<sup>226</sup> Vid. SAN MARTÍN LOSADA, L.: El Código Penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870, Madrid, 1928, p. 169.

<sup>227</sup> JARAMILLO GARCÍA, A.: Novísimo Código Penal..., op. cit., p. 247.

incendios, pese a estar éstos ubicados dentro de los delitos contra la propiedad. Me estoy refiriendo al incendio de objetos cuyo valor fuera inferior a una pequeña y determinada cantidad, y en los que estuviera excluido todo peligro de propagación (artículos 459 CP 1848 y 571 CP 1870); circunstancias éstas que remitían su sanción al Capítulo de los daños de los correspondientes Códigos.

Sin embargo, tal desaparición no significa restar argumentos a los partidarios de la naturaleza esencialmente de peligro de los delitos de incendio, antes al contrario, tal ausencia, interpretada de manera unitaria con algunas figuras de la nueva regulación de los delitos de daños, y con la antes comentada reubicación de los de incendio en sede de delitos contra la seguridad colectiva, llevan a la doctrina de la época a pronunciarse precisamente por la naturaleza de delitos de peligro, resaltando además el componente de alarma social que al ser el fuego el medio destructor comportan; elemento éste que entronca de forma palmaria con las ideas de la defensa social que como se sabe fueron fuente de la que bebieron los autores de esta obra legislativa.



## **7.2 - La regulación de delitos de daños mediante "incendio"**

Por lo que atañe a la nueva regulación de los delitos de daños, me estaba refiriendo, además de a la permanencia de la figura del incendio de papeles o documentos,<sup>228</sup> a uno de los supuestos que integran el artículo 751 del CP de 1928:

"Serán castigados con la pena de seis meses a tres años de reclusión los que causaren daños cuyo importe excediere de 2.500 pesetas y no pasare de 25.000, y no resultaren penados más gravemente por otros preceptos de este Código o de leyes especiales: ... 2.º Por medio de incendio, explosión, inundación o cualquiera otro semejante. ...

El daño cometido con alguna de las circunstancias anteriores, cuyo importe excediere de 25.000 pesetas, será castigado con la pena de tres años a ocho de reclusión.

La misma pena se impondrá en todo caso cuando los daños hubieren arruinado al perjudicado.

---

<sup>228</sup> Artículo 752 CP 1928: "El incendio o destrucción de papeles o documentos, cuyo valor fuere estimable, se castigará con arreglo a las disposiciones de los artículos anteriores, pudiendo los Tribunales rebajar a su prudente arbitrio la pena, cuando por las circunstancias del hecho lo conceptúen procedente.

Si el valor no fuese estimable, con la pena de multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando el hecho no constituya otro delito más grave."

El que no excediere de 2.500 pesetas y pasare de 200, se castigará con la pena de reclusión de dos meses y un día a seis meses."

La presencia del incendio como una de las circunstancias cualificadoras del delito de daños obliga inmediatamente a considerar la relación existente entre tal delito y el regulado en el artículo 585, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva; precepto éste que sancionaba el incendio de cosas no comprendidas en sus artículos precedentes, y que lo hacía precisamente en función de la cuantía de los daños ocasionados.

Antes de intentar dar una respuesta al cuestionamiento de la relación entre ambos preceptos, conviene fijarnos en el segundo de los elementos interpretativos señalados con anterioridad: la regulación de los incendios dentro de los delitos contra la seguridad colectiva. Este cambio de ubicación sistemática apunta precisamente en la dirección de destacar el aspecto de peligro que los incendios representan; en este sentido la doctrina del momento identificaba la noción de seguridad colectiva con la de

peligro común,<sup>229</sup> con la de peligro social,<sup>230</sup> o bien con la alarma colectiva<sup>231</sup>.

Pues bien, desde esta perspectiva es desde la que cobra pleno sentido la opinión de Jiménez de Asúa y Antón Oneca, quienes dando respuesta a la cuestión que nos planteábamos, manifiestan:

"... como en el delito de daños se indica expresamente como medio para causarlos (números 2.º del art. 751 y art. 752) los incendios, debe suponerse que sólo cuando exista ese peligro común que convierte la agresión en atentado a la seguridad colectiva, será de aplicar este título y en otro caso habrá una figura de delitos contra la propiedad, un delito de daños."<sup>232</sup>

Tal solución encuentra su cláusula de cierre, por lo que a la consideración de meros daños se refiere, con la falta del artículo 837 del CP de 1928, la cual estando dentro del Libro III, en su Título VI ("Faltas contra la propiedad"), Capítulo III ("Faltas de daño propiamente dichas"),

---

<sup>229</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal conforme al Código de 1928..., op. cit., pp. 186 y 195. CASTEJÓN, F.: Derecho Penal, Tomo I, Criminología general y especial, ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930, 1ª. ed., Madrid, 1931, p. 378.

<sup>230</sup> Vid. FERREIRO RODRÍGUEZ, F.: Las nuevas figuras del delito, op. cit., pp. 69 y 70.

<sup>231</sup> Vid. JARAMILLO GARCÍA, A.: Novísimo Código Penal..., op. cit., p. 247.

<sup>232</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal conforme al Código de 1928..., op. cit., p. 197.

sanciona cualquier incendio no penado en el Libro II.<sup>233</sup> Si nos fijamos que el artículo 585, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, cubría en sus cuatro números todos los supuestos de incendio en función de las diversas cuantías de los daños ocasionados por los mismos, no nos quedará más remedio que entender que la falta reseñada estaba destinada a cubrir el hueco dejado por el artículo 751 (transcrito líneas más arriba), que como acabamos de ver, en opinión de Jiménez de Asúa y Antón Oneca, pese a aludir al incendio como medio destructor, requiere para poder aplicarse que el peligro no haga acto de aparición.

Así pues, como el límite mínimo previsto para poder aplicar el delito de "daños mediante incendio" del artículo 751 CP 1928 es de 200 pesetas, la falta del artículo 837 del mismo Código los cubriría cuando fueran de inferior cuantía; debiendo resaltarse que como ya se ha señalado antes, la rúbrica del Capítulo donde se haya ubicada esta falta rezaba: "Faltas de daños propiamente dichas", lo cual

---

<sup>233</sup> Artículo 837 CP 1928: "Serán castigados con la multa de 5 a 50 pesetas, los que sin causar daño, pero pudiendo causarlo, arrojen a una propiedad desde fuera piedras, materiales u objetos de cualquiera clase.

Si hubiere riesgo para las personas, la multa será de 10 a 100 pesetas.

Con las mismas penas serán castigados los que ejecutaren incendio de cualquier clase, que no esté penado en el Libro II de este Código."

El resto de las faltas que contenidas en el CP de 1928 pueden relacionarse con los incendios, no representa especial novedad respecto de las contenidas en los Códigos anteriores, y ya vistas. Vid. artículos 792-3, 794 y 801 dentro de las faltas contra el orden público; y el artículo 811 números 1ª y 4ª dentro de las faltas contra los intereses generales y el régimen de las poblaciones.

abunda en la interpretación a la que llegaban los autores antes citados.

### **7.3 - Los incendios en tanto que estragos**

Además de estos últimos preceptos que se acaban de comentar en sede de delitos y faltas de daños, y de toda la regulación que dedicada específicamente a los incendios se encontraba en el Capítulo II del Título IX dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, existe una tercera agrupación de preceptos que atienden directa y expresamente a la materia que nos ocupa.

Así, dentro también del Título IX, pero esta vez en su Capítulo I ("Estragos y delitos afines"), nos encontramos algunos artículos que toman en consideración el incendio para integrar las conductas que sancionan: artículos 560, 565 y 569.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> Artículo 560 CP 1928: "El que tuviere en su poder materias inflamables o explosivos, petardos, bombas, instrumentos, aparatos o sustancias de cualquier clase adecuados para producir incendio, explosión u otros grandes estragos, y no diere descargo suficiente sobre el uso legítimo a que los destinare, incurrirá en la pena de tres meses a seis años de reclusión.

El que fabricare, facilitare, vendiere o transportare sustancias o aparatos adecuados para producir incendio, explosión u otros grandes estragos y no diere descargo suficiente sobre su legítima tenencia, fabricación, facilitación, transporte o venta, será castigado con la pena de seis meses a seis años de reclusión."

Artículo 565 CP 1928: "El que para impedir la extinción de un incendio o entorpecer las obras de defensa contra una inundación o un naufragio, aparte, oculte o inutilice los materiales, aparatos u otros medios destinados a la extinción o a la

El artículo 565 sanciona, entre otras, una serie de conductas que dificultan la extinción de los incendios.

Por su parte el artículo 569, en la medida en la que expresamente se remite entre otros al artículo 565 al que acabo de referirme, sanciona a quien por imprudencia dificulte la evitación de los efectos dañinos del fuego. De no existir esta remisión expresa tales conductas quedarían impunes de ser cometidas imprudentemente, no pudiendo aplicárseles la normativa que de forma genérica regula la sanción de la imprudencia en la parte general del Código, dada la redacción del artículo 565 que comienza refiriéndose al que "... para impedir la extinción de un incendio ...".<sup>235</sup>

Nos queda por referirnos al artículo 560. Son unánimes las alusiones de los autores de la época que, acerca del origen de los preceptos de este Capítulo dedicado a los estragos, lo sitúan principalmente en la Ley de Explosivos

---

defensa, será castigado con la pena de dos a cuatro años de reclusión."

Artículo 569 CP 1928: "El que por imprevisión, imprudencia o impericia, produzca explosión, inundación o naufragio, hundimiento u otro desastre o daño de general peligro de los mencionados en los artículos 559, 562, 563, 564, 565 y 566, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

Si del hecho resultase riesgo para la vida de las personas, la pena podrá extenderse hasta cuatro años de prisión, y si se produjere la muerte de alguna, la pena será de dos a ocho años de prisión." (El subrayado es mío).

<sup>235</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal conforme al Código de 1928..., op. cit., p. 192.

La exagerada regulación descriptiva de la imprudencia en el CP de 1928, fundamentalmente en sus artículos 33, 34 y 158, representa una manifestación más de las ideas de la defensa social. Vid. JARAMILLO GARCÍA, A.: Novísimo Código Penal..., op. cit., p. 244.

que, ante los movimientos anarquistas de finales del XIX, se promulgó el 10 de julio de 1894.<sup>236</sup> Ley ésta, que en palabras de Jaramillo:

---

<sup>236</sup> Vid. FERREIRO RODRÍGUEZ, F.: Las nuevas figuras del delito, op. cit., p. 65. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal conforme al Código de 1928..., op. cit., p. 188. JARAMILLO GARCÍA, A.: Novísimo Código Penal..., op. cit., p. 237.

Todos ellos, además, aluden también a la Ley de 02 de septiembre de 1896, que endureció las penas y atribuyó el conocimiento de estos delitos a la jurisdicción de guerra; si bien destacan el carácter transitorio de la misma.

Pero no sólo era ésta una opinión doctrinal, la propia exposición de motivos del Proyecto de Código penal que en 1927 elevó la Comisión de Códigos al Ministro señalaba cómo algunos preceptos de los que integraban los delitos de estragos y afines habían sido tomados de la Ley antes citada y del Proyecto de Código penal de 1912 (llamado de Landeira-Cobian). Vid. SAN MARTÍN LOSADA, L.: El Código Penal de 1928..., op. cit., p. 161.

Señalar al respecto que el CP de 1928, en cuanto a la ubicación sistemática de los delitos de incendio propiamente dichos, acabó siguiendo el último Proyecto citado, y no el suyo propio de 1927 antes aludido, en el cual pese a existir ya un Título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, los incendios seguían dentro del dedicado a la propiedad. Este cambio de ubicación sistemática se produjo en el último momento, a raíz de las observaciones que el Consejo de Ministros planteó en su reunión del 25 de agosto de 1928 al texto que al mismo había sometido el Ministro Galo Ponte (texto revisado por el propio Ministro, al parecer, con la estrecha colaboración de Cuello Calón y Jiménez Vicente). En este texto elevado al Gobierno, los incendios seguían constituyendo dentro del Libro II, el Capítulo VIII del Título dedicado a los delitos contra la propiedad (Título XIV).

Conviene hacer constar no obstante, que ya con anterioridad, en marzo de 1928, en el dictamen que la Asamblea Nacional (especie de Cortes de carácter meramente consultivo dado el régimen dictatorial del momento), efectuó de los Libros II y III del Proyecto que en julio de 1927 la Comisión General de Codificación había elevado al Gobierno, se hizo constar la conveniencia de trasladar, dentro del Libro II, el Capítulo VIII (De los incendios), desde el Título XIV (Delitos contra la propiedad), al Título IX (Delitos contra la seguridad colectiva). Observación, que como se desprende de lo dicho, no fue atendida por el Ministro Galo Ponte en la revisión que, con la colaboración antes referida, llevó a cabo desde abril hasta julio de 1928; pero atendida finalmente por el "mejor criterio" del máximo órgano colegiado de la Nación.

Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal conforme al Código de 1928..., op. cit., p. 196. Cfr. LASSO GAITE, J.F., Crónica de la codificación..., op. cit. Volumen I, pp. 657 y ss., en especial pp. 681, 684, 685, 710, 712, 716 y

"... castigó los atentados contra las personas y las casas, cometidos por medio de bombas, petardos y en general, utilizando materias inflamables y de gran poder expansivo. Se castigó el empleo de sustancias y aparatos que produjeran alarma y la fabricación, elaboración, tenencia y venta de los mismos."<sup>237</sup>

Como se puede apreciar, el artículo 560 del CP de 1928, transcrito antes en nota a pie de página, y que aludía expresamente al incendio como a un gran estrago, encaja con parte de la descripción que nos acaba de ofrecer Jaramillo del contenido de esa Ley de 1894.

No obstante, en lo que se refiere a la sanción penal de la tenencia de sustancias o artefactos adecuados para producir incendios, se puede encontrar un precedente anterior en el artículo 580 del Proyecto de CP que en abril de 1882 Alonso Martínez, Ministro de Gracia y Justicia, presentó al Senado.<sup>238</sup>

---

720. ANTÓN ONECA, J.: "Los antecedentes del nuevo Código penal", op. cit., pp. 30 y ss., en especial pp. 45, 49 y 50.

<sup>237</sup> JARAMILLO GARCÍA, A.: Novísimo Código Penal..., op. cit., p. 237.

<sup>238</sup> Artículo 580 del Proyecto de CP de 1882: "El que tuviere en su poder materias inflamables o explosivas, petardo, bomba o cualquiera otra clase de aparatos o instrumentos destinados especialmente para ejecutar los delitos de incendio o estrago, y no diere el descargo suficiente sobre su adquisición, incurrirá en la pena de tres meses y un día de arresto a dos años de prisión."

Con anterioridad, en 1880, el Ministro Álvarez Bugallal había presentado otro Proyecto de CP a las Cortes; si bien, en lo que a la regulación de los delitos de incendio se refiere no presentaba novedad alguna en relación con el CP de 1870.



De hecho, el Capítulo que este Proyecto dedicaba a los incendios y estragos, todavía dentro de los delitos contra la propiedad, constituye un "... presagio de la luego abundante legislación contra el terrorismo".<sup>239</sup>

En casi idénticos términos encontramos, dos años después, el artículo 369 del Proyecto que en diciembre de 1884, el entonces Ministro de Gracia y Justicia D. Francisco Silvela, presentó al Congreso.<sup>240</sup> Si bien, en esta ocasión el Capítulo dedicado a los delitos de incendios y estragos se hallaba ubicado en el Título que se dedicaba a los: "Delitos contra la seguridad general".

#### **7.4 - Otras referencias a los incendios**

##### **7.4.1 - El incendio como agravante genérica**

Al igual que venía sucediendo en los Códigos anteriores, en el número 6º de su artículo 66, el CP de 1928 toma en consideración el incendio como una de las

---

<sup>239</sup> Vid. ANTÓN ONECA, J.: "Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español", en ADPCP, t. XXV, 1972, p. 258.

<sup>240</sup> Se trata de uno de los hermanos del profesor Luis Silvela, quien no parece haber dudas fue el autor del Proyecto presentado por su hermano a finales de 1884. *Ibid.*, p. 259.

Artículo 369 del Proyecto de CP de 1884: "Los que tengan en su poder materias inflamables o explosivas, petardos, bombas o instrumentos o aparatos de cualquier clase especialmente destinados a producir incendio o explosión, y no den descargo suficiente sobre el uso legítimo a que los destinen, incurrirán en la pena de un mes y un día a seis meses de arresto."

circunstancias que inciden en la responsabilidad criminal agravándola. La única variación con respecto al CP de 1870 se encuentra en la regulación conjunta en un único artículo de las dos agravantes en aquél recogidas: el incendio como medio, y como ocasión de cometer una infracción.<sup>241</sup>

#### **7.4.2 - El incendio como circunstancia específica en el asesinato<sup>242</sup>**

La regulación del asesinato se ve ampliada en el CP de 1928, al establecerse ocho circunstancias calificadoras del mismo, la última de las cuales alude entre otros supuestos

---

<sup>241</sup> Artículo 66 CP 1928: "Agravan la responsabilidad las circunstancias siguientes: ... 6.ª Ejecutar la infracción por medio de incendio, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, destrucción o avería de aeronave, descarrilamiento, destrucción o interrupción de comunicaciones telegráficas o telefónicas, o empleando veneno, sustancias anestésicas, o algún artificio ocasionado a grandes estragos, o de peligro y alarma generales.

Asimismo, cuando se hubiere ejecutado la infracción con ocasión de alguno de los hechos expresados en el párrafo anterior, no siendo producidos por el infractor."

Al igual que se apreciaba por la doctrina anterior, también ahora esta agravante, en su modalidad de medio comisivo, se considera como prácticamente inaplicable por llevar normalmente al concurso de infracciones. Vid. MONTES: Derecho Penal Español, 2ª ed., San Lorenzo del Escorial, 1929, PP. 214 Y 215.

Indicar, que el CP de 1928, a diferencia de sus predecesores, distinguía entre agravantes "por las circunstancias de la infracción", y "por las condiciones del infractor". Las recogidas en el artículo 66 corresponden todas a la primera de las clases citadas.

<sup>242</sup> Además de en el delito de asesinato, en el CP de 1928, el incendio aparece como circunstancia agravante específica en el delito de robo con fuerza:

a aquél en el que alguien mate a otro por medio de incendio.<sup>243</sup>

De nuevo se recuerda por la doctrina que es necesario que el incendio se haya producido para causar la muerte, no para otro fin, como pudiera ser el ocultarla o impedir su descubrimiento.<sup>244</sup>

---

Artículo 696: "Se impondrá en su grado máximo las penas señaladas en el artículo anterior: ... 6.ª Si se ejecutare de noche o con ocasión de incendio o de alguna otra calamidad o desgracia. 7.ª ..."

También aparece el incendio expresamente mencionado en el delito de amenazas del artículo 573, si bien no parece acabar teniendo en este caso un efecto de agravación; sino que precisamente por los objetos y lugares a los que se refiere, normalmente, su aplicación representará una notable disminución de la pena respecto de la que correspondería de aplicar el tipo básico de las amenazas condicionales, contemplado en el artículo 671-1ª, que imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito con el que se amenazara, en función de la consecución o no de la condición impuesta. De tratarse de amenazas no condicionales (artículo 671-2ª), el carácter agravatorio es más claro.

Artículo 673 CP 1928: "Se impondrá la pena de seis meses a seis años de reclusión a los que ...

Si el mal con que se amenazó llegare a realizarse, se observará la regla contenida en el párrafo segundo del artículo anterior. (Se está refiriendo a la imposición de la pena correspondiente al autor del delito que resultara cometido).

En las mismas responsabilidades incurrirán los que amenazaren con destruir por el incendio o por otro medio semejante de destrucción un lugar sagrado, museos, colecciones y edificios artísticos, arsenales, naves, aeronaves, hangares o cobertizos para éstas, o volar puentes, depósitos de explosivos, de mercancías, máquinas u otros semejantes." El contenido del paréntesis es mío.

<sup>243</sup> Artículo 519 CP 1928: "Es culpable de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ... 8.ª Por medio de explosivos, inundación, incendio, sumersión, naufragio o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de otras personas."

<sup>244</sup> Vid. CUELLO CALÓN, E.: El nuevo Código penal español (exposición y comentario), Libro segundo, parte primera, Barcelona, 1930, p. 569.

## **8 - LOS CÓDIGOS PENALES DE 1932 Y 1944**

### **8.1 - El Código penal de 1932**

El CP de 1932, tras volver a haber estado en vigor durante unos meses el de 1870 (desde el 15 de abril de 1931 -un día después de la proclamación de la segunda República- hasta el 1 de diciembre de 1932), no es, como así se dice en su exposición de motivos, sino una reforma del Código del 70 a la espera de, con mayor detenimiento, elaborar un Código nuevo. Espera que como todos sabemos se ha demorado hasta fechas muy recientes.

Pues bien, en materia de incendios se mantiene casi idéntica la regulación del CP de 1870, al margen, eso sí, de los correspondientes cambios en algunas penas, debidos al cariz humanizador que respecto de las mismas supuso la reforma, y de los aumentos (normalmente al doble), de las cuantías de los daños exigidos por algunos tipos.

Las únicas variaciones respecto de la regulación de estos delitos en el Código de 1870 son:

1.º- El artículo 568 del CP de 1870, que pasa a ser el 544 en el CP de 1932, ve suprimido su segundo inciso, quedando del siguiente tenor:

Artículo 544 CP 1932: "Si no llegare a 500, se impondrá la pena inferior en un grado."

Se está refiriendo a la pena que el artículo 543 del mismo Código impone, 1.º: a los incendios de edificios destinados a habitación en lugar despoblado, y 2.º: a los de mieses, pastos, montes o plantíos; incendios estos últimos a los que el artículo 568 del CP de 1870 imponía, cuando los daños que ocasionaban estaban por debajo de las 250 pesetas -500 en el de 1932-, la pena inferior en dos grados. Por tanto, la novedad es la equiparación en la rebaja de pena sólo en un grado para ambos supuestos de incendio.

2.º- Se suprime el tipo contenido en el artículo 569 del CP de 1870, relativo al aumento de pena cuando tratándose de un incendio en mieses, pastos, montes o plantíos, hubiera habido peligro de propagación a otros contiguos.

3.º- El precepto que a modo de cláusula de cierre dedica al incendio de cosas no comprendidas en otros artículos, y que en el CP de 1870 (artículo 570), contenía cuatro apartados en función de la distinta cuantía de los daños ocasionados, pasa en el Código reformado de 1932 a verse integrado sólo por dos:

Artículo 545 CP 1932: "El incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores será castigado: 1.º Con la pena de arresto mayor, no excediendo de 100 pesetas el daño causado. 2.º Con la pena de presidio menor, cuando excediera de dicha cantidad."

En cuanto a las faltas relacionadas de algún modo con los incendios, tan sólo dos variaciones hay que señalar:

1.ª- La desaparición del precepto referente al incumplimiento de las normas sobre el alumbrado público, norma que permanecía en el artículo 598-2º CP 1870, y que como se vio en su momento, en su origen podía relacionarse con la materia objeto de nuestro estudio.

2.ª- La adición de un segundo párrafo al que antes era el artículo 615-1º del CP de 1870, párrafo que versa acerca de la "reiteración" de infracciones de los reglamentos o bandos sobre quema de rastrojos u otros productos forestales:

Artículo 590 CP 1932: "Los que infringieren los Reglamentos o bandos de buen gobierno sobre quema de rastrojos u otros productos forestales, serán castigados con la pena de 5 a 50 pesetas.

Si hubieren sido corregidos antes gubernativamente o judicialmente por falta semejante o por infracciones de igual especie, incurrirán además en la pena de arresto menor."

En virtud de este sorprendente párrafo segundo se produce un caso único en el Código, equiparándose una sanción administrativa a una pena judicialmente impuesta, que además conlleva el añadir a la mera pena de multa la de arresto menor en toda su extensión.<sup>245</sup>

---

<sup>245</sup> Vid. TERUEL CARRALERO, D.: Las faltas, Barcelona, 1956, p. 301.

## 8.2 - El Anteproyecto de Código penal de 1938 y el Proyecto de 1939

El anteproyecto de CP de 1938, elaborado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de la F.E.T. y de las J.O.N.S., y que ya en el preámbulo manifestaba que al tratarse de un trabajo de urgencia para el momento en que se produjera la paz, no era sino una simple reforma del Código de 1932,<sup>246</sup> ni siquiera se manifiesta como tal reforma en lo que a los delitos y faltas de incendio se trata. Tan sólo se aprecian en esta materia las consecuentes variaciones en algunas penas, al ser estas reestructuradas con carácter general.<sup>247</sup> Incluso las cuantías de los daños ocasionados por los incendios, y que en ocasiones juegan como límites para pasar de unos subtipos a otros, permanecen inalteradas con respecto al CP de 1932.

Una única observación conviene hacer; además de las ya clásicas agravaciones genéricas por cometer los hechos sirviéndose su autor del incendio como medio, o bien aprovechando la ocasión del mismo, una nueva circunstancia hace acto de aparición, siendo una muestra más del carácter

---

<sup>246</sup> CASABÓ RUIZ, J.R.: El anteproyecto de Código penal de 1938, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978, p. 4.

<sup>247</sup> *Ibid*, p. 18.

marcadamente subjetivista -y en este punto concreto moralizante-<sup>248</sup> de este anteproyecto, me estoy refiriendo a la número 19 de su artículo 10:

"Y cualquier otra circunstancia que demuestre crueldad, perversidad o bajos instintos."

Dadas las frecuentes referencias que se efectúan a los incendiarios como a seres perversos, seguramente de haber entrado en vigor se habría visto apreciada en numerosos supuestos de incendios.

En cuanto al Proyecto de 1939, decir que, pese a que su exposición de motivos se empeña en negar que se trata de una reforma del llamado Código republicano del 32, no hace sino implícitamente afirmar tal extremo;<sup>249</sup> y así, aunque el CP de 1928 ejerció también mucha influencia en este texto,<sup>250</sup> en materia de incendios es una copia prácticamente literal de la regulación que de los mismos efectuaba el Código de 1932. Esta vez incluso las penas coinciden con las previstas en 1932 para los distintos tipos de incendio.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> *Ibid*, p. 19.

<sup>249</sup> Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: El proyecto de Código penal de 1939, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978, p. 4.

<sup>250</sup> *Ibidem*.

<sup>251</sup> La diferencia que hay entre la pena de prisión menor que prevé el artículo 541 del Proyecto de 1939 y la prisión correccional (ambas en su grado mínimo), que preveía su precepto equivalente en el Código de 1932 -artículo 549-, (referido al incendio de bienes propios), no es tal, en la medida en la que la pena de prisión correccional había desaparecido del catálogo



### **8.3 - El Código penal de 1944**

Si el Código de 1932 respecto del de 1870, acabamos de ver no presentaba apenas variaciones en materia de incendios, el Texto Refundido de 1944 no es en esta materia sino continuidad del Código de 1932.

Al margen, de nuevo, de la actualización de algunas de las multas, y de algunas de las cuantías de los daños requeridos para integrar unos u otros tipos, así como de variaciones en las sanciones tendentes a que éstas estuvieran compuestas por los tres grados propios de cada pena, las únicas variaciones que cabe señalar son las que se enuncian en los epígrafes siguientes.

#### **8.3.1 - La nueva redacción del artículo 550-2º. La adición de la partícula "no"**

El artículo 540 del CP de 1932, que pasa a ser el 550 en el CP de 1944, ve modificado su número segundo con la introducción de la partícula "no" delante del límite representado por la cuantía de los daños, quedando como sigue:

---

de penas del Código del 32 -artículo 27-, tratándose por tanto de una errata, seguramente al transcribir el artículo 574 del Código de 1870, en el cual sí que era esa la pena prevista.

Artículo 550 CP 1944: "Serán castigados con la pena de presidio menor: ... 2.ª Los que incendiaren en poblado un edificio no destinado a habitación ni reunión, si el valor del daño causado no excediere de 5.000 pesetas."<sup>252</sup>

A la vez, y podemos considerarla como una sola modificación, el artículo 541 del CP de 1932 se ve suprimido; lo cual es coherente con la adición de la partícula "no" que se acaba de ver. Esto es así porque la ausencia de tal negación haría que los daños por valor de 5.000 pesetas requeridos en el artículo 540 del Código del 32 fueran un límite mínimo, por debajo del cual, y siempre dentro del mismo supuesto (incendio en poblado de edificio no destinado a habitación ni reunión), era el ahora

---

<sup>252</sup> El problema que inmediatamente surge es el relativo a qué hacer con los incendios en poblado de edificios no destinados a habitación ni reunión en los que el daño causado llegue o exceda de las 5.000 pesetas.

Dado que la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 no autorizaba la modificación del artículo en cuestión, según algunos autores, la posterior incorporación de la citada negación por el Decreto de 23 de diciembre de 1944 debe entenderse como contraria al principio de legalidad, y por tanto se debía hacer abstracción de su presencia. (Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: "Consideraciones acerca de la reciente ampliación del artículo 549 del Código penal", en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, 1976, pp. 66 y 67. POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio ..., op. cit., pp. 108 y ss.)

Otros autores, en cambio, entendían que pese a ser más lógica la anterior redacción, la nueva vincula, no pudiendo por tanto sancionarse con arreglo al artículo 550.2ª aquellos supuestos que versando sobre el objeto descrito en el mismo ocasionaran daños por valor igual o superior a 5.000 pesetas. (Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., JASO ROLDÁN, T. y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., en ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1949, p. 446. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal Español, Parte Especial, 18ª ed., Madrid, 1995, p. 394. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal, Parte Especial, 10ª ed., Valencia, 1995, p. 399.)

suprimido artículo 541 el aplicable, y con distinta pena en función de si los daños superaban o no las 500 pesetas. Como, a consecuencia de la introducción de la negación referida, las 5.000 pesetas del artículo 540-2º del CP de 1932 han pasado a ser en su "equivalente" en el Código de 1944 (artículo 550-2º), un límite máximo, la presencia de una regulación similar a la del artículo 541 del CP de 1932 ha debido considerarse innecesaria por el nuevo legislador.<sup>253</sup>

### 8.3.2 - El artículo 551

Desaparecen las previsiones contenidas en los artículos 543 y 544 del CP de 1932. Tales preceptos, en función de la cuantía de los daños, reducían en uno o dos grados

---

<sup>253</sup> En todo caso, y aunque el legislador de turno podría haber optado por mantener en el CP de 1944 un precepto similar al párrafo segundo del artículo 541 del CP del 32, que sancionaba el incendio en poblado de edificio no destinado a habitación ni reunión con daños que no excedieran de 500 pesetas, lo que no cabe duda es que el párrafo primero de tal artículo necesariamente tenía que verse modificado, dado que como se ha comentado en el texto, al introducir la partícula "no" en el nuevo artículo 550-2º, las 5.000 pesetas en daños se habrían presentado como límite máximo en ambos preceptos.

Dado que en el CP de 1944 no encontramos un precepto similar al artículo 541 del CP del 32, y en virtud de la relación lógica que se acaba de exponer existe entre tal ausencia y la inclusión de la partícula "no" en el nuevo artículo 550-2º, se deduce que la inclusión de tal negación no puede considerarse como un "grave error de redacción", opinión ésta del profesor Casabó Ruiz ("Consideraciones acerca de la reciente ..." ,op. cit., p. 66), ni "como un simple desliz de redacción o, ... una mera errata de imprenta", según entiende Polaino Navarrete (Delitos de incendio ..., op. cit., p. 110).

respectivamente la pena prevista en el artículo 542; precepto éste que pasa a ser el 551 en el CP de 1944:

Artículo 551 CP 1944: "Serán castigados con la pena de presidio menor, cuando el daño causado excediere de 5.000 pesetas: 1.º Los que incendiaren un edificio destinado a habitación en lugar despoblado. 2.º Los que incendiaren mieses, pastos, montes o plantíos."

### **8.3.3 - Incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores/incendio de cosas no comprendido en los artículos anteriores**

Hay que señalar un leve cambio de redacción, al que ningún autor ha prestado atención, pero que entiendo podría haber sido de la mayor importancia. Me estoy refiriendo al artículo 545 del CP de 1932, que comenzaba aludiendo al "incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores", siendo que su equivalente en el CP de 1944 (artículo 552<sup>254</sup>), pasa a referirse al "incendio de cosas no comprendido en los artículos anteriores".<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> Artículo 552 CP 1944: "El incendio de cosas no comprendido en los artículos anteriores será castigado: 1.º Con la pena de arresto mayor excediendo de 250 pesetas el daño causado. 2.º Con la pena de presidio menor, cuando excediera de dicha cantidad."

En general todas las cuestiones referidas a este precepto son sumamente interesantes; ello es debido a que el mismo podría considerarse como el tipo básico del delito de incendios, debido a lo cual su entendimiento en orden a delimitar la naturaleza jurídica de estos delitos es fundamental.

Pues bien, la doctrina, haciendo abstracción de este cambio de redacción, ha venido manteniendo posiciones encontradas respecto del ámbito objetivo de aplicación de este artículo 552.

Para unos, el artículo 552 sólo cabría aplicarlo al incendio de cosas no contempladas en los artículos previos, no siendo suficiente la mera discrepancia en la cuantía de los daños ocasionados para entender que la cosa en cuestión no está contemplada previamente.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> No sólo es que la doctrina no comenta este cambio de redacción, sino que algún autor incluso transcribe el artículo 552 del CP de 1944 con la expresión propia del Código del 32. Vid. CUELLO CALÓN, E.: Derecho Penal conforme al nuevo "Código Penal, texto refundido de 1944", Tomo II, Parte Especial II, 4ª ed., Barcelona, 1945, p. 243.

<sup>256</sup> Esta es la razón por la que Polaino Navarrete, además de considerar contraria al principio de legalidad la inclusión de la partícula "no" en el artículo 550-2º del CP de 1944 -como acabamos de ver previamente en nota a pie de página-, entiende que en todo caso, de admitir la eficacia de tal negación, los supuestos de incendio en poblado de edificios no destinados a habitación ni reunión que ocasionaran daños superiores a las 5.000 pesetas previstas en dicho artículo 550-2º, deberían quedar impunes al no poder acudir al artículo 552, ahora comentado, para cubrir tal laguna. Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio ..., op. cit., pp. 108 y ss.

El mismo entendimiento del artículo 552 CP 1944 es el que lleva a Montoro Puerto a entender que, a raíz de la ausencia en el nuevo Código de preceptos equivalentes a los artículos 543 y 544 del CP del 32, ya comentada en el texto, se ha generado una laguna, pues tal artículo 552 no podría entrar a sancionar aquellos supuestos de incendio contemplados en el artículo 551 (edificios destinados a habitación en despoblado, mieses, pastos, montes o plantíos), cuando los daños fueran inferiores a las más de 5.000 pesetas que tal precepto exige. Eso sí, si los daños fueran inferiores a las 250 pesetas, entraría en juego la falta del artículo 595. Vid. MONTORO PUERTO, M.: "La regulación del delito de incendio a través de los artículos 551-552 del nuevo Código Penal", en RGD, 1946, núm. 17, pp. 67 y 68.

La apreciación de esta última laguna -si bien referida al texto reformado en 1963, por lo que varían las cuantías- es la que permite entender que también Quintano Ripollés es de la opinión de los anteriores autores en orden a no entender aplicable el artículo 552 a aquellos supuestos de incendio, en

Para otros, en cambio, bastaría la no cobertura por los artículos precedentes de un determinado supuesto por no encajar en las distintas cuantías de los daños que los mismos prevén, para considerar que se está ante un incendio incardinable en este artículo 552.<sup>257</sup>

Todavía hay una tercera postura, desde la que, fijándose sólo en el término "cosas", se mantiene que el artículo 552

---

los que ardiendo un bien contemplado en algún precepto anterior, la cuantía de los daños fuera el único elemento típico que impidiera su inclusión en el respectivo precepto. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Comentarios al Código Penal, 2ª ed., Madrid, 1966, pp. 1043 y 1044. (Se alude conjuntamente en estas páginas a las lagunas generadas por los artículos 549 y 551; la del 551 es la que se ha comentado, la del 549 parece tratarse de un error de redacción, fácilmente disculpable ante la enrevesada casuística que representa la regulación de estos delitos).

<sup>257</sup> Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., JASO ROLDÁN, T. y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., en ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: Derecho Penal..., op. cit., p. 446. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español, Parte Especial, Valladolid, 1964, pp. 295 y 296. (Conviene aclarar que en estas páginas Rodríguez Devesa -claro está, refiriéndose a las nuevas cuantías introducidas en 1963- acude al "tipo básico" de incendios para sancionar los incendios del artículo 550-2ª cuando los daños excedieren de la cantidad prevista en el mismo. Tal "tipo básico" no es otro, en la consideración de dicho autor, que el artículo 552, como expresamente dice en la página 295 de la obra citada. En ediciones posteriores de la misma obra el autor habla expresamente del artículo 552 -3ª ed., 1969, p. 337; 18ª ed., 1995, p. 394- Esta referencia, la primera vez al "tipo básico", y en posteriores ediciones, expresamente al artículo 552, parece que confundió un poco a Polaino Navarrete, quien da la sensación que aprecia un cambio de posición en Rodríguez Devesa. Cfr. POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio ..., op. cit., pp. 108 y ss.)

También Muñoz Conde, ya en la 7ª ed. de su obra Derecho Penal-Parte Especial, considera que se puede acudir al artículo 552 para integrar los supuestos de incendio no incluíbles en el artículo 550-2ª por razón de la cuantía de los daños ocasionados. Si bien, en las ediciones anteriores de la misma obra, se limitaba a manifestar la inaplicabilidad del 550-2ª a los incendios que ocasionaran daños por encima de la cuantía en él prevista. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed., Sevilla, 1976, p. 308; 7ª ed., Valencia, 1988, p. 351; 10ª ed., Valencia, 1995, pp. 398 y 399.

a lo que no será aplicable es a los supuestos de incendio de edificios.<sup>258</sup>

Como se puede apreciar, las distintas redacciones del artículo 552 antes vistas pueden jugar un valor decisivo en orden a optar entre las dos primeras posiciones que se acaban de exponer. No es lo mismo hablar del "incendio de cosas no comprendidas", donde el término "comprendidas" va directamente referido al de "cosas", que hablar del "incendio de cosas no comprendido", donde "comprendido" está aludiendo claramente al término "incendio".<sup>259</sup>

Entiendo, no obstante, que aunque haya sido por descuido, finalmente ha resultado beneficioso el que la doctrina no entrara a valorar las implicaciones que para la concreción del ámbito de aplicación del precepto contenido en el artículo 552 del CP de 1944 (y de sus equivalentes en Códigos anteriores), puede tener cada una de las redacciones expuestas.

De haberlo hecho tendrían que haber alternado la interpretación de este precepto varias veces, con la repercusión que ello conlleva en el conjunto de la regulación de los incendios según tal precepto se entienda

---

<sup>258</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Curso de Derecho penal II, Madrid, 1966, p. 305.

<sup>259</sup> No es de este parecer Montoro Puerto, pese a equiparar expresamente el "incendio de cosas no comprendido en los artículos anteriores" al "incendio de cosas que no ha sido recogido antes", lo cual entiendo debería llevarle a otras conclusiones. Cfr. MONTORO PUERTO, M.: "La regulación del delito de incendio...", op. cit., p. 68.

o no como cláusula de cierre, cubriendo o no, por tanto, importantes lagunas legales.

Lo anterior habría sido así debido a lo poco cuidadoso que los distintos legisladores se han ido mostrando con respecto a la redacción de este precepto, seguramente por no vislumbrar las implicaciones que de ello podrían derivarse. Así, como ya vimos, mientras que en el CP de 1848 (artículo 458) se hablaba del "incendio de objetos no comprendidos ...", y en los CP de 1870 (artículo 570), 1928 (artículo 585) y 1932 (artículo 545) del "incendio de cosas no comprendidas ...", redacciones ambas que se pueden considerar equivalentes, en 1944 (artículo 552) se pasa por primera vez a aludir al "incendio de cosas no comprendido ..."; pero en 1954, a raíz de una reforma parcial,<sup>260</sup> que en principio se debía limitar a variaciones en determinadas cuantías, se vuelve a hablar (desde ahora ya siempre en el artículo 552), del "incendio de cosas no comprendidas ..."; para más adelante, en 1963, retornar a aludir al "incendio de cosas no comprendido ...", y en 1967 de nuevo al "incendio de cosas no comprendidas ...", redacción ésta que ya se mantuvo hasta la reciente derogación del Código.

---

<sup>260</sup> En un epígrafe posterior se hará referencia a las distintas reformas parciales con implicación en materia de incendios.



#### 8.3.4 - La aparente novedad de la falta del artículo 595

Entrando ya en el Libro III se observa un cambio en la redacción del supuesto que integraba la falta del artículo 589 del CP de 1932, en virtud del cual, en lugar de aludir al incendio de cualquier clase que no estuviera penado en el Libro II, el nuevo artículo 595 pasa a tener la siguiente dicción:

Artículo 595 CP 1944: "Serán castigados con la pena de arresto menor o multa de 5 a 500 pesetas los que ejecutaren incendio de cualquier clase que cause daño que no exceda de 250 pesetas."

Las diferencias, están pues, por un lado en la supresión de la referencia al Libro II, que entiendo no tiene mayor relevancia; y por otro, en la inclusión de un límite máximo para los daños del que antes se carecía.

La mayor o menor relevancia de tal limitación debemos ponerla en íntima relación con el ámbito de aplicación que demos al artículo 552 antes comentado, donde hemos visto como la doctrina mantenía posiciones enfrentadas a raíz, por un lado, de la introducción de la partícula "no" en el artículo 550-2º, y por otro, de la ausencia de preceptos equivalentes a los artículos 543 y 544 del CP de 1932.<sup>261</sup>

---

<sup>261</sup> Después de todo lo apuntado, tal vez convenga en estos momentos poner en relación el surgimiento de las citadas lagunas legales en el CP de 1944, con la primera vez, que precisamente fue también en 1944, en la que se adoptó la expresión: "incendio de cosas no comprendido en los artículos anteriores". Aunque se trate de una coincidencia no buscada por el legislador, si la

Pues bien, la introducción de ese tope máximo de daños, cifrado en el año 1944 en 250 pesetas, tiene relevancia caso de aceptar la tesis que optaba por la exclusiva aplicación del artículo 552 a aquellos supuestos de incendio en los que el objeto material afectado por el fuego no viniera enumerado en alguno de sus artículos precedentes, abstracción hecha de la cuantía de los daños ocasionados. Así, en aquellos casos en los que el incendio afectara a objetos enunciados en algún precepto previo al 552, sólo que en cuantía distinta de la que tal precepto abarcara, no se podría acudir al citado artículo 552, pero sí, en último extremo, a la falta ahora contenida en el artículo 595, que con anterioridad (artículo 589 CP 1932, artículo 614 CP 1870), no imponía limitación a los daños para su aplicación.

Las consecuencias de tales consideraciones se ponen de manifiesto a la hora de calificar el incendio de cualquiera de los objetos enunciados en el artículo 551 CP 1944 (edificio destinado a habitación en lugar despoblado, mieses, pastos, montes o plantíos), y en el que los daños lleguen como máximo a 5.000 pesetas. Bajo tal requisito, el artículo 551 resultaría inaplicable, pudiendo cubrir la falta del 595 sólo aquellos casos en los que los daños no superaran las 250 pesetas, por lo que quedarían impunes

---

frase entrecomillada se interpreta en el sentido apuntado en el texto, se observará que las lagunas legales aludidas desaparecen.

aquellos supuestos donde los daños ascendieran a más de 250 pesetas, no pasando de 5.000.<sup>262</sup>

De no haberse incluido este tope máximo de daños, del que carecía su precepto originario en el CP de 1870 (artículo 614) y su predecesor inmediato en el CP de 1932 (artículo 589), no se produciría tal laguna.

Sin embargo, tal limitación de los daños en la falta del artículo 595 carece de la menor relevancia de sumarnos al entendimiento del artículo 552 que, a modo de cláusula de cierre, adoptaba parte de la doctrina.<sup>263</sup>

Desde tal planteamiento, la única vía para acceder a la falta ahora contemplada en el artículo 595, sería a través de la remisión que el artículo 553 del mismo Código de 1944, efectúa al Capítulo de los daños.<sup>264</sup> Daños que cuando alcanzaban como máximo las 250 pesetas no constituían delito en virtud de los artículos 559 y 563,<sup>265</sup> debiendo

---

<sup>262</sup> Vid. MONTORO PUERTO, M.: "La regulación del delito de incendio...", op. cit., pp. 67 y 68.

<sup>263</sup> Vid. *supra* epígrafe 8.3.3.

<sup>264</sup> Se trata del equivalente a los artículos 459 CP 1848, 571 CP 1870 y 546 CP 1932.

Artículo 553 CP 1944: "En caso de aplicarse el incendio a chozas, pajares o cobertizos deshabitados o a cualquier otro objeto cuyo valor no excediere de 1.000 pesetas, en tiempo o con circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación, el culpable no incurrirá en las penas señaladas en este Capítulo, pero sí en la que mereciere por el daño que causare con arreglo a las disposiciones del Capítulo siguiente."

<sup>265</sup> Artículo 559 CP 1944: "El que con alguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior causare daño cuyo importe exceda de 250 pesetas, pero no pase de 5.000, será castigado con la pena de arresto mayor."

Artículo 563 CP 1944: "Los daños no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe pase de 250 pesetas, serán

acudirse al Libro III; en el que caso de acudir a la falta del artículo 595, observaremos superflua la referencia a que los daños no superen tales 250 pesetas, pues ese límite, como se acaba de ver, ya venía impuesto en sede de delitos de daños.

Obsérvese, no obstante, que he dicho: "caso de acudir a la falta del artículo 595", esto se debe a mi entendimiento, ya manifestado a la hora de comentar las faltas de incendio en el CP de 1870, y por las razones allí expuestas, de los supuestos incardinables en el artículo 553 CP 1944 (que según esta segunda posición expuesta sería la única vía posible para acceder a la falta del artículo 595), como un auténtico delito de daños, que no de incendios, por lo que de tener que acudir al Libro III el precepto aplicable en el nuevo Código debería ser la falta de daños contenida en el artículo 597<sup>266</sup>, con lo que la falta del artículo 595 vería cerradas todas sus posibilidades de aplicación.<sup>267</sup>

---

castigados con la multa del tanto al triplo de la cuantía a que ascendieren, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los daños causados por el ganado y los demás que deban calificarse de faltas con arreglo a lo que se establece en el Libro III."

<sup>266</sup> Artículo 597 CP 1944: "Serán castigados con la pena de dos a diez días de arresto menor o multa de 10 a 500 pesetas los que causaren daños de los comprendidos en este Código cuyo importe no exceda de 250 pesetas."

<sup>267</sup> Vid. *supra* en el epígrafe 6.7 los artículos 614 y 616 del CP de 1870.

## 9 - REFORMAS PARCIALES DEL CÓDIGO PENAL DESDE 1944<sup>268</sup>

### 9.1 - La reforma de 1954

Por Ley de 30 de marzo de 1954 (BOE núm. 90 de 31-3-1954, y con relevancia para la materia que nos ocupa BOE núm. 98 de 8-4-1954 rectificando erratas), se produce una reforma del CP con la única finalidad de elevar las cuantías en los delitos y faltas contra la propiedad. En materia de incendios afectó a los artículos 549, 550, 551, 552 y 595. Esta Ley se limitaba en su artículo primero a enumerar los artículos del CP que sufrían variaciones en sus cuantías y en qué medida; autorizando en su artículo segundo al Gobierno: "... para la redacción, con sujeción a su texto, de los artículos que se reforman por la misma."<sup>269</sup>

Tal autorización se plasmó en el Decreto de 14 de mayo de 1954 (BOE núm. 159 de 8-6-1954), en el que, como ya se anunció en el epígrafe anterior, el artículo 552, además de la correspondiente variación en la cuantía de los daños

---

<sup>268</sup> Han sido varias las reformas que desde 1944 han ido, en mayor o menor medida, introduciendo variaciones en la regulación de los incendios. Además de las que se refieren brevemente en el texto, han existido otras que por afectar exclusivamente a cuantías, unas veces referidas a los daños exigidos por determinados tipos, y otras a las de las multas que como penas están a veces previstas, me limito a indicar su localización:

- Ley 39/74 de 28 de noviembre (BOE núm. 287 de 30-11-74).
- Ley 20/78 de 8 de mayo (BOE núm. 110 de 9-5-1978).

<sup>269</sup> El subrayado es mío.

previstos en su número primero, ve alterada su redacción, de hablarse del "incendio de cosas no comprendido ...", pasó a referirse al "incendio de cosas no comprendidas ..."; variación que entiendo contraria al principio de legalidad, dada la limitada autorización del artículo segundo de la Ley de 30 de marzo de 1954.

## **9.2 - El texto refundido de 1963**

Nos vamos a referir en las siguientes líneas a la reforma operada en el CP en virtud de la Ley de Bases 79/1961 de 23 de diciembre y del Decreto 168/1963 de 24 de enero. (BOE núm. 309 de 27-12-1961 y núm. 29 de 2-2-1963, respectivamente).

Refiriéndome tan sólo a lo que a los incendios afecta, además de la elevación de la cuantía de la multa del artículo 595, hay que aludir expresamente a las Bases 14 y 19.

La Base 14 decía lo siguiente:

"El artículo 556 será objeto de nueva redacción para que comprenda el incendio con peligro de propagación a bienes ajenos."

Recuérdense las críticas que efectuamos al analizar el origen de este precepto en orden a no entender cómo la doctrina venía incluyendo en él los casos de incendio exclusivo de bienes propios con peligro para los ajenos.

Críticas a las que esta Base da la razón, pues implícitamente nos está diciendo que el artículo 556, en tanto no se modificara, no podría incluir tales supuestos.<sup>270</sup>

El Decreto de 1963 dio al artículo 556 la siguiente redacción:

Artículo 556: "El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de presidio menor si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a tercero, hubiere causado defraudación o perjuicio, o existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno."

Por su parte, la Base 19 autorizaba al Gobierno para que procediera a la depuración de antinomias, anacronismos, repeticiones y a la corrección de erratas y de estilo en los artículos que lo exigieran. En virtud de tal autorización se dictó el artículo quinto del Decreto indicado, que junto a una larga serie de preceptos modificó los artículos 552 y 595.

La razón de la modificación conjunta de ambos preceptos debió ser el resolver la superposición parcial que se producía al poder apreciarse delito de incendio cualquiera que fuese la cuantía de los daños, vía artículo 552, y castigar por su parte la falta del artículo 595 los

---

<sup>270</sup> Vid. *supra* epígrafes I.5.2 y I.6.6.

incendios con daños no superiores a una pequeña cantidad (en aquellas fechas 500 pesetas).<sup>271</sup>

Ambos preceptos quedaron como sigue:

Artículo 552: "El incendio de cosas no comprendido en los artículos anteriores será castigado con la pena de presidio menor cuando el daño causado excediera de quinientas pesetas."<sup>272</sup>

Artículo 595: "Serán castigados con la pena de arresto menor o multa de 50 a 1.000 pesetas los que ejecutaren incendio de cosa a que se refiere el artículo 552, cuando el daño causado no exceda de 500 pesetas."

La pena del que era el párrafo primero del artículo 552 se eleva de arresto mayor a presidio menor, se suprime el párrafo segundo, que era el que podía sobreponerse a la falta del artículo 595, y ésta pasa de aludir genéricamente al incendio de cualquier clase, a hacerlo expresamente a los incendios del artículo 552, complementándolo cuando los daños no alcancen el mínimo por él exigido.

Con esta referencia expresa de la falta del artículo 595 a los incendios del artículo 552, se abre la posibilidad,

---

<sup>271</sup> A esta superposición de tipos alude Quintano Ripollés, considerando que la reforma operada en 1963 la salva. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Comentarios ..., op. cit., p. 1045.

<sup>272</sup> Obsérvese como se vuelve a hablar de "incendio de cosas no comprendido ..."



antes cerrada desde la posición que he venido adoptando, de apreciar auténticas faltas de incendio.<sup>273</sup>

Por último hay que dejar constancia de la cuestión relativa a la procedencia del término "aeronave", el cual fue incorporado por Decreto de 28 de marzo de 1963 a los artículos 547 y 548 del texto del CP refundido de 1963, siendo que tal término no estaba autorizado por la Ley de Bases de 1961, ni aparecía en el Decreto de 24 de enero de 1963 que desarrollo tal Ley de Bases.<sup>274</sup>

### **9.3 - La reforma de 1967**

La Ley 3/67 de 8 de abril (BOE núm. 86 de 11-4-1967), afectó en materia de incendios a los artículos 549, 550, 551, 552, 553 y 595. Las modificaciones introducidas en estos preceptos se limitaron a la variación de las cuantías; merece destacarse tan sólo la nueva redacción del artículo 552 que, como se aprecia, no se libra de una, pasando en esta ocasión a efectuar una división interna en

---

<sup>273</sup> Vid. *supra* epígrafe 6.7.

<sup>274</sup> Vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: "Las modalidades típicas de incendios "comunes" en el Código penal español", en CPC, núm. 54, 1995, p. 1081.

función de la cuantía de los daños, y reintroduciendo la pena de arresto mayor para su tramo inferior:

Artículo 552: "El incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores será castigado con la pena de arresto mayor cuando el daño causado excediera de 2.500 pesetas y no fuera superior a 25.000, y con la de presidio menor si excediera de esta cantidad."<sup>275</sup>

#### **9.4 - La reforma de 1975: el artículo 549-3º**

Por Ley 26/75 de 27 de junio (BOE núm. 155 de 30-6-1975), y como consecuencia de una proposición de Ley, que no de una iniciativa del Gobierno, acabó adicionándose un número tercero al artículo 549 del Código, modificación ésta que fue el exclusivo objeto de tal Ley de reforma:

Artículo 549: "Se impondrá la pena de presidio mayor: ...; tercero, a los que incendiaren un bosque con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas cuando el daño causado excediere de 50.000 pesetas."<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> Obsérvese como una vez más cambia la redacción de su frase inicial.

<sup>276</sup> La cuantía de 50.000 pesetas, coincidente con la exigida en los dos primeros números del mismo artículo, había sido fijada por la reforma llevada a cabo en 1974 mediante la Ley 39/74 de 28 de noviembre, a la que se aludió en la nota introductoria del epígrafe 9.

El profesor Casabó criticó duramente la introducción de este número tercero, por entender que venía a empeorar las anomalías sistemáticas que ya se daban en la regulación de los delitos de incendio, al equiparar supuestos donde el peligro para las personas era de muy distinta índole, a la vez que por acudir al Derecho penal como instrumento para la evitación de la plaga de incendios forestales que se venía sufriendo, con olvido de la remoción de las efectivas causas de tal mal, tarea ésta que se debería realizar desde otras ramas del ordenamiento jurídico.<sup>277</sup>

#### **9.5 - La reforma de 1983**

La principal incidencia en materia de incendios de la LO 8/83 de 25 de junio (BOE núm. 152 de 27-6-1983), afectó a la falta contenida en el artículo 596 del Código, referida a la quema de rastrojos u otros productos forestales con infracción de reglamentos, cuyo párrafo segundo, con origen en el CP de 1932, quedó suprimido.

Tal párrafo, como se recordará, exasperaba la pena para aquellos que hubieran sido antes sancionados judicial o gubernativamente por falta o infracción administrativa similar; lo cual representaba un caso único en nuestra

---

<sup>277</sup> Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: "Consideraciones acerca de la reciente ..." ,op. cit., pp. 65 y ss.

legislación penal, al otorgar efectos agravatorios incluso a infracciones extrapenales.<sup>278</sup> Por tal motivo, su supresión se consideró un auténtico acierto.<sup>279</sup>

Además de tal modificación, y de las ya habituales variaciones en las cuantías de multas y daños, se sustituyeron las expresiones "presidio mayor" y "presidio menor" contenidas, por lo que a los incendios se refería, en los artículos 549, 550, 551, 552 y 556, por las de "prisión mayor" o "prisión menor", respectivamente.

#### **9.6 - La reforma de 1987: la nueva regulación de los incendios forestales**

La reforma operada por LO 7/87 de 11 de diciembre (BOE núm. 297 de 12-12-1987), estuvo dirigida específicamente a introducir una regulación completa, en la medida de lo posible en Derecho penal, de los incendios forestales; para ello hubieron de llevarse a cabo variaciones en algunos de los preceptos existentes, se organizaron los artículos del Capítulo en Secciones, y se introdujeron preceptos de nuevo cuño.

---

<sup>278</sup> Vid. TERUEL CARRALERO, D.: Las faltas, op. cit. p. 301.

<sup>279</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: "Quema de rastrojos u otros productos y peligro de incendios forestales", en Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983, t. V, vol. 2º, EDERSA, 1985, pp. 1395 y 1396.

La rúbrica del Capítulo VIII, Título XIII del Libro II del CP pasó de ser: "Del incendio y otros estragos", a: "De los incendios y otros estragos". Alusión a los incendios en plural que fue acompañada de la división del Capítulo citado en las siguientes cuatro Secciones:

- Sección primero: "De los incendios" (artículos 547 al 553, ambos inclusive).

- Sección segunda: "De los incendios forestales" (artículos 553 bis a) al 553 bis c), ambos inclusive).

- Sección tercera: "De los estragos" (artículo 554).

- Sección cuarta: "De los incendios y estragos en bienes propios" (artículos 555 y 556).

En cuanto a la regulación existente en esos momentos, se suprimió el número tercero del artículo 549, que como se recordará sólo databa de 1975; así como también fue suprimida la voz "montes" que se contenía en el artículo 551-2º.

Con tales supresiones se había hecho desaparecer toda referencia al ámbito forestal; vacío que se cubrió con la nueva regulación que integró la Sección segunda antes referida.<sup>280</sup>

---

<sup>280</sup> Sección 2.ª De los incendios forestales.

Artículo 553 bis a): "El que incendiare montes o masas forestales será castigado con la pena de prisión mayor y multa de 5 a 50 millones de pesetas, cuando hubiere existido peligro para la vida o integridad de las personas.

Se impondrá la pena de prisión menor y multa de 5 a 25 millones de pesetas cuando el peligro para las personas estuviere manifiestamente excluido."

Artículo 553 bis b): "Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su grado máximo cuando el incendio alcanzare especial gravedad atendida la concurrencia de alguna

Tales preceptos se han visto trasladados en su esencia, cuando no literalmente, al Código penal vigente, si bien con algunos matices y adiciones, por lo que se aludirá a los mismos con posterioridad.

### **9.7 - La reforma de 1989**

Como se dice en el preámbulo de la LO 3/89 de 21 de junio (BOE núm. 148 de 22-6-1989), con esta reforma se pretendía fundamental, aunque no exclusivamente, adecuar el sistema penal positivo al principio de mínima intervención, razón por la que el Libro III del Código fue objeto preferente de la misma.

Es precisamente en la regulación de las faltas, y otra vez dejando a un lado las inevitables modificaciones de cuantías, donde los incendios se ven afectados.

Cabe señalar en primer lugar, recordando su más fácil vinculación inicial con la materia que nos ocupa, la modificación que sufrió la falta que, dentro de las

---

de las circunstancias siguientes: 1.ª Que afecte a una superficie de considerable importancia. 2.ª Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos. 3.ª Que se alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal. 4.ª En todo caso, cuando ocasiones grave deterioro o destrucción de los recursos afectados."

Artículo 553 bis c): Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 1 a 10 millones de pesetas el que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos.

La conducta quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor."

relativas al orden público, se contenía en el artículo 568; la cual vio, por un lado, suprimida su anterior referencia al lanzamiento de "... cohetes, petardos u otros proyectil cualquiera que produzca alarma o peligro", y por otro, adicionado el supuesto de disparo de armas de aire comprimido o de gas.<sup>281</sup>

En segundo lugar, dentro esta vez de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, se suprime el artículo 581, cuyos números primero y cuarto guardaban relación con los incendios. El número primero era el que se refería a la contravención de las reglas dadas para la evitación de la propagación del fuego en máquinas de vapor, chimeneas, hornos, ..., así como del incumplimiento de las normas obre la construcción, cuidado o limpieza de tales objetos o lugares. Por su parte, el número cuarto sancionaba la infracción de las normas sobre elaboración y custodia de materiales inflamables, corrosivos o productos químicos que pudieran causar estragos.<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> Artículo 568: "Serán castigados con las penas de uno a cinco días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas los que, dentro de población o en sitio público o frecuentado, disparen armas de fuego, aire comprimido o gas."

<sup>282</sup> Es este último supuesto uno de los que dan sentido a la opción adoptada por el Legislador de no suprimir en bloque todo el Libro III, dado que, como se dice en el preámbulo de la presente Ley de reforma: "... alguno de los comportamientos que sanciona debe proseguir en la esfera penal, y que incluso merece ser elevado a la condición de delito, ...".

Así, dentro del Título V del Libro II, la misma Ley Orgánica incorpora a su Capítulo II ("De los delitos de riesgo en general"), una Sección cuarta ("De otros delitos de riesgo"), integrada por un único artículo (348 bis b)), cuyo párrafo

También se suprimió la falta del artículo 570-7, que expresamente sancionaba la denegación de auxilio cuando la autoridad lo solicitase en caso, entre otros, de incendio. No obstante, esto no tiene por que suponer una despenalización de tales conductas, ya que como desobediencia leve seguiría constituyendo falta, pudiendo en los casos más graves llegar a integrar figuras de omisión constitutivas de delito.<sup>283</sup>

Por su parte, se mantiene la falta del artículo 595, dando lugar al único supuesto, tras la reagrupación de las distintas conductas que integraban las faltas de daños, que aparece de forma independiente de éstas.<sup>284</sup>

---

primero vendría a cubrir la falta antes contenida en el artículo 581-4ª, eso sí, a diferencia de ésta, para poder apreciarse delito se exige una puesta en concreto peligro de la vida o integridad de las personas.

Artículo 348 bis b), párrafo 1º: "Los que en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, radioactivas, tóxicas y asfixiantes, o cualquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieren las reglas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas."

Cfr. BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN T.S.: La reforma penal de 1989, Valencia, 1989, pp. 79 y ss. MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE, F./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GARCÍA ARÁN, M.: La reforma penal de 1989, Madrid, 1989, p. 64.

<sup>283</sup> BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN T.S.: La reforma penal de 1989, op. cit., p. 205.

Por su parte, García Arán considera que esta falta era complementaria de los tipos del artículo 372 del Código vigente en aquellas fechas. MUÑOZ CONDE, F./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GARCÍA ARÁN, M.: La reforma penal de 1989, op. cit., p. 145.

<sup>284</sup> Vid. GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE, F./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GARCÍA ARÁN, M.: La reforma penal de 1989, op. cit., pp. 149 y 150.

Sería éste un argumento para oponer al entendimiento que de la falta del artículo 595, por remisión al delito del artículo



Igualmente se mantiene la falta del artículo 596, relativa a la infracción de reglamentos o bandos sobre quema de rastrojos u otros productos forestales, del que afortunadamente, como ya se dijo, se había suprimido en 1983 su anómalo párrafo segundo. A tal efecto, se ha denunciado por parte de la doctrina el no haber aprovechado esta reforma del 89 para. "... acotar el campo de la infracción criminal mediante la exigencia de peligro concreto (y conminar, entonces, con pena privativa de libertad) dejando a la Autoridad gubernativa el castigo de los demás supuestos."<sup>285</sup>

---

552, mantiene Polaino Navarrete, en orden a no entender necesaria la creación de un peligro de propagación del fuego para poder apreciarla. POLAINO NAVARRETE, M.: "Falta de incendios", en Comentarios a la legislación penal. Tomo XIV. Vol. 2º. La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código penal, EDESA, 1992, p. 1105.

Tal peligro, entiendo, es la única razón que permite mantener la falta del artículo 595 de forma independiente al resto de las faltas genéricas de daños.

<sup>285</sup> BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN T.S.: La reforma penal de 1989, op. cit., p. 208. (El contenido entre paréntesis también pertenece a la cita).

También Polaino se muestra crítico respecto de la regulación de esta falta. Cfr. POLAINO NAVARRETE, M.: "El incendio de productos forestales", en Comentarios a la legislación penal. Tomo XIV. Vol. 2º. La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código penal, EDESA, 1992, pp. 1107 y ss.

## **10 - LOS ÚLTIMOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL**

Omitiendo toda alusión al Anteproyecto y Proyecto de 1994, por ser su regulación de la materia que nos ocupa casi idéntica a la finalmente plasmada en el actual Código, voy a referirme en este epígrafe al Proyecto de Código penal de 1980 (PCP 80), a la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (PANCP 83), y al Proyecto de Código penal de 1992 (PCP 92). Proyectos de los que me limitaré a indicar sus líneas generales, debido a que representan un auténtico puente entre la casuística regulación de los incendios que hemos venido viendo, y la nueva regulación que de tales delitos se efectúa en el CP de 1995.

### **10.1 - El Proyecto de Código penal de 1980**

Ya se aprecian en este Proyecto los primeros pasos en la línea de lo que iba a ser finalmente la nueva regulación de los incendios. Se abandona el tradicional ámbito de los delitos contra la propiedad y pasan a integrar el Capítulo I ("De los incendios y otros estragos"), del Título VIII dedicado a los "Delitos contra la seguridad colectiva". Tal ubicación sistemática contaba ya, como se vio en su momento, con el precedente del CP de 1928.

No obstante, como señala Polaino Navarrete, el Proyecto deja inalterado en lo sustancial la estructura tradicional de estos delitos.<sup>286</sup> Veámoslo:

Título VII: "Delitos contra la seguridad colectiva"

Capítulo I: "De los incendios y otros estragos"

Artículo 301: "Serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años: 1.º Los que incendiaren o volaren arsenal, astillero, almacén, fábrica de pólvora o pirotecnia militar, parque de artillería, archivo o museo general del Estado. 2.º Los que incendiaren o volaren en poblado un almacén de materias inflamables o explosivos. 3.º Los que incendiaren o provocaren explosiones en teatro, iglesia, u otro edificio destinado a reuniones públicas, cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa. 4.º Los que incendiaren o provocaren explosiones en un tren de viajeros u otro transporte colectivo en marcha, aeronave en vuelo o buque fuera de puerto. 5.º Los que incendiaren un establecimiento penitenciario con ocasión de motín, algarada o alteración colectiva del orden."

---

<sup>286</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: "El sistema español de incriminación de incendios del Proyecto de Código penal de 1980", en Studi in Memoria di Giacomo Delitala, Vol. 3, 1984, p. 2045.

En este artículo, además de la afirmación general expresada en el texto (opinión que comparto), el autor se muestra muy crítico (excesivamente a mi juicio), con la regulación que de los incendios propone el PCP 80, fundamentalmente por entender que: 1.º Se generan lagunas normativas derivadas de la regulación casuística que se mantiene. 2.º No se corresponde la rúbrica con los bienes jurídicos prioritariamente tutelados. (Aunque reconoce que con una interpretación amplia de la misma podría llegar a comprenderlos). 3.º Existen tipos de incendios que atienden exclusivamente al daño patrimonial, no siendo por tanto adecuada para ellos la rúbrica legal. 4.º Existe una doble regulación de los incendios forestales y del de papeles y documentos, también tipificados en sede de delitos contra el patrimonio. 5.º La modalidad alternativa de explosión no debía haberse incorporado de forma fragmentaria sólo a parte de los tipos de incendio, ya que simultáneamente tal modalidad comisiva ha salido del ámbito de los estragos. 6.º Se han hecho concesiones a la responsabilidad objetiva por el resultado en el ámbito de la imprudencia punible. Cfr. op. cit. en esta misma nota, pp. 2044 y ss.

Como novedades de este precepto hay que señalar su número quinto (sin entender por qué se halla limitado a los supuestos de motines)<sup>287</sup>, así como la equiparación de las conductas de incendiar y volar (explosionar). Esta equiparación se da también en algunos de los artículos siguientes.<sup>288</sup> No se sabe muy bien por que en algunos otros no, como es el caso, sin ir más lejos, del recién aludido número quinto de este mismo artículo, en el que como se habrá apreciado no se incluye tal modalidad comisiva.

Criticable, en grado sumo, es el mantenimiento, a pie de igualdad con el resto de supuestos contenidos en el precepto, de los incendios de archivo o museo general del Estado, máxime con el cambio de ubicación sistemática experimentado.

---

<sup>287</sup> *Ibid*, pp. 2049 y 2050.

<sup>288</sup> Esta circunstancia va acompañada de la desaparición en sede de estragos de la referencia genérica al uso de explosivos, que había sido introducida por Ley 82/78 de 28 de diciembre. Si bien, entre las múltiples modalidades de estos delitos, se vuelve a aludir al supuesto concreto de explosión de una mina, al que se añade el de explosión de instalación industrial y el de voladura de puente. Supuestos que habrá que explicar por que reciben un tratamiento distinto respecto de los afectados por la misma modalidad comisiva en sede de incendios, dado que éstos no cuentan, ni con la exigencia expresa contemplada al final del primer párrafo del artículo 308 PCP 80, regulador de los estragos, que exige que "... los estragos necesariamente comporten un peligro para la vida o integridad de las personas", ni con la cobertura de sus párrafos segundo y tercero:

"Si el autor actuare desconociendo si podría existir peligro para la vida o integridad de las personas y ese peligro se hubiera efectivamente dado, se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años, y de tres a seis años si tal peligro no hubiese existido.

Si el estrago fuere causado en condiciones expresamente destinadas a excluir todo riesgo para la vida o integridad de las personas, la pena será de prisión de uno a cuatro años."

Artículo 302: Serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años los que incendiaren o volaren edificio, alquería, choza, albergue, vehículo o cualquier medio de transporte, sabiendo que dentro se hallaban una o más personas."

Artículo 303: "Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años: 1.º A los que incendiaren o volaren un edificio público en horas en que no hubiese concurrencia alguna. 2.º A los que incendiaren o volaren una casa habitada o cualquier edificio al que habitualmente acudan personas, ignorando si había o no gente dentro."

Artículo 304: Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años: 1.º Los que incendiaren o volaren en poblado un edificio no destinado a habitación ni reunión. 2.º Los que incendiaren o volaren un tren o cualquier otro transporte colectivo de mercancías."

Artículo 305: "El incendio de cualquier otra cosa distinta de las comprendidas en los artículos anteriores será castigado como infracción de daños, imponiéndose la pena correspondiente al daño causado en su mitad superior."

Parece quererse cumplir con este último precepto la función antes otorgada al artículo 552 CP 1944 y a sus equivalentes en Códigos anteriores.<sup>289</sup>

Se puede apreciar como frente a las anteriores referencias bien al "incendio de cosas no comprendidas ...", bien al "incendio de cosas no comprendido ...", ahora se propone la fórmula: "incendio de cualquier otra cosa distinta"; si bien, dado que en el resto de la regulación de estos delitos se deja de aludir a la cuantía de los daños, la cuestión de si la variación en los mismos hace o no que la cosa sea distinta, con la consiguiente

---

<sup>289</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: "El sistema español de incriminación ...", op. cit., p. 2067.

repercusión en su posible cobertura por el precepto ahora comentado, ha dejado de tener interés.

El problema de la regulación de este precepto se centra en la vieja cuestión de si se requiere o no peligro de propagación para su apreciación. La remisión que contiene a la regulación de los daños aboga por su no exigencia; si bien, el hecho de imponerse la pena en su mitad superior, y la rúbrica del Capítulo, permiten apostar por la necesidad de una apreciación de tal peligro.

Artículo 306: "El incendio de mieses, pastos, bosques, montes o plantíos, con riesgo de propagación a sitios habitados o lugares en los que habitualmente se reúnan varias personas, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años."

Se trata de una versión del artículo 549-3º, introducido como se sabe por Ley 26/75 de 27 de junio, al que se añaden los objetos materiales que integraban el artículo 551-2º CP 1944.

Artículo 307: "En caso de aplicarse el incendio a chozas, pajares o cobertizos deshabitados, mieses, pastos, montes o plantíos en tiempo o con circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación, el hecho se castigará como infracción de daños, imponiendo la pena que corresponda a la clase del daño causado en su mitad superior."

Es de destacar, en relación con el artículo 553 CP 1944, la limitación de objetos a los que es aplicable; pues aunque expresamente enumera más, carece de la fórmula genérica: "... o cualquier otro objeto ...", que aquél contenía.

Por otro lado, no se ve limitada su aplicación por el valor del objeto al que se aplique el fuego, circunstancia

ésta que entiendo puede ponerse en relación con la imposición de las penas correspondientes a los daños en su mitad superior.<sup>290</sup>

Artículo 308. (Es el regulador de los estragos).

Artículo 309: "El que por imprudencia provocare alguno de los incendios o estragos penados en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si hubiere resultado la muerte de una o más personas, de seis meses a dos años cuando se produzcan lesiones graves, y de arresto de doce a veinticuatro fines de semana si resultare cualquier otro daño."

Artículo 310: "El culpable de incendios o estragos en bienes ajenos no se eximirá de las penas impuestas en este Capítulo, aunque para cometer el delito hubiese incendiado o destruido bienes de su pertenencia."

Artículo 311: "El que incendiare o volare bienes propios, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, si existiere peligro de propagación o destrucción de edificios o bienes ajenos."

Además, también se hace referencia a los incendios dentro del Título V ("Delitos contra el patrimonio"), en su Capítulo IX ("De los daños").

Artículo 278: "Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses los que causaren daños que por su cuantía revistan especial gravedad, si concurriera alguna de las circunstancias siguientes: ... 2.ª Produciendo por cualquier medio infección o contagio de ganado, o destruyendo por incendio masas forestales o grandes plantaciones arbóreas. 3.ª ..."

---

<sup>290</sup> De una lectura conjunta de los artículos 305 y 307 de este Proyecto resulta difícil mantener la distinción entre los dos tipos de peligro de propagación a los que se va a aludir *infra* en el epígrafe V.2.

Cuestionándose la naturaleza de los delitos tipificados en los artículos 305 y 307 de este Proyecto, pero negándoles en cualquier caso virtualidad para permanecer ubicados junto con el resto de delitos contra la seguridad colectiva, *vid. ibid.*, p. 2.068.

Dada la preocupación social que unos años antes, en 1975, había llevado a la incorporación del número tercero del artículo 549 CP 1944 (texto refundido de 1973), sorprende la mera consideración de daños que se da a este supuesto, siendo que además se requiere que revista especial gravedad. Se generan además numerosos problemas de coordinación con el artículo 308 de este mismo Proyecto, relativo a los estragos y ya comentado con anterioridad en nota a pie de página.

Artículo 279: "El incendio o destrucción de papeles o documentos cuyo valor fuere superior a 15.000 pesetas se castigará con arreglo a las disposiciones de este Capítulo. Si el valor fuere igual o inferior a 15.000 pesetas, o no sea estimable, se impondrá la pena de multa de tres a seis meses."

Según que interpretación se mantenga respecto de la exigencia o no de peligro de propagación en el artículo 305 de este mismo Proyecto, nos surgirán mayores o menores dificultades de coordinación con este artículo 279.<sup>291</sup>

---

<sup>291</sup> Todavía restan referencias a los incendios, dando cuenta de lo anclado en épocas pasadas que en esta materia se encontraba el Proyecto. Así, dentro de las circunstancias agravantes, en el artículo 28-5ª, se alude a la utilización del incendio como medio delictivo, desapareciendo la agravación de cometer el hecho con ocasión de incendio. En el asesinato, artículo 156-3ª, el incendio sigue apareciendo expresamente mencionado. Asimismo, en el artículo 682-2ª, se mantiene la falta referente a la denegación de auxilio reclamado por la autoridad en caso de incendio, que como ya se vio fue posteriormente objeto de supresión en la reforma despenalizadora del 89.



## **10.2 - La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983**

Puesta en relación la regulación que de los incendios se efectúa en esta Propuesta de Anteproyecto, con la que se acaba de ver se contenía en el PCP 80, hay que destacar, además del afianzamiento en la nueva ubicación sistemática en sede de delitos contra la seguridad colectiva, la reducción de la tradicional casuística de estos delitos, así como las expresas y numerosas exigencias de constatación del peligro que debe integrar tales tipos delictivos para poder ser apreciados.

Se mantiene la equiparación entre "incendiar" y "volar"; si bien ahora tal circunstancia se da en todos los tipos, facilitando de este modo la resolución de parte de los problemas que en el PCP 80 se daban con los estragos, delitos éstos que mantienen una regulación casi idéntica a la de aquel Proyecto.<sup>292</sup>

Desaparece la previsión expresa de "incendios" sin peligro de propagación (todavía mantenida en el artículo 307 PCP 80), aunque se mantiene un tipo en el que se impone la pena de la infracción de daños correspondiente en su

---

<sup>292</sup> En el PCP 80, Polaino Navarrete proponía interpretar el término "incendiar" en un sentido amplio, comprensivo de "volar" o "provocar explosión", para así no vernos obligados a remitir a sede de daños aquellos supuestos en los que no aparecía junto a la modalidad "incendiar" la de "volar", dado que de la regulación de los estragos se había visto suprimida la referencia genérica a la provocación de explosiones. Vid.

mitad superior precisamente, aunque de forma implícita, por no darse tal peligro (artículo 318 PANCP 83). Esto es así en la medida en la que se debe tratar de "incendios" no comprendidos en los artículos anteriores, siendo que justamente en el que le precede (artículo 317), se recogen todos aquellos supuestos que no estando expresamente previstos conlleven peligro de propagación, haya afectado éste a la vida, integridad o salud de las personas o sólo a la propiedad ajena. Queda de nuevo por aclarar, una vez excluido cualquier peligro, la razón de la imposición agravada de la pena de los daños correspondientes.<sup>293</sup>

Resta por resaltar que aunque expresamente no se sanciona el incendio de bienes propios, cuando del mismo se deriva un peligro para las personas o la propiedad ajena, los hechos se verían abarcados por el antes referido artículo 317.<sup>294</sup>

Paso a continuación a transcribir la regulación concreta de la PANCP 83 para así comprender mejor las indicaciones efectuadas:

"Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva.

---

POLAINO NAVARRETE, M.: "El sistema español de incriminación ...", op. cit., p. 2061.

<sup>293</sup> En este sentido González Guitián considera que "... la agravación que contiene el artículo 318 no parece razón suficiente para justificar la existencia de este precepto". GONZÁLEZ GUITIÁN, L.: "Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva, Capítulos I y II", en DJ, núms. 37/40 (Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal), vol. 2.º, p. 941.

<sup>294</sup> *Ibidem*.

## Capítulo I. De los incendios y otros estragos.

Artículo 315.-1. Serán castigados con la pena de prisión de diez a quince años: 1.º Los que incendiaren o volaren edificio, local, depósito o medio de transporte que contenga material inflamable o explosivo, cuyo prendimiento o estallido pueda representar un grave peligro público. 2.º Los que incendiaren o provocaren explosión en edificio o local público o en medio de transporte colectivo, cuando en los mismos hubiere una concurrencia numerosa de personas.

2. Si concurrieren las circunstancias previstas en los dos números anteriores, se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años.

3. Si en cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores hubiere existido peligro de propagación, la pena se impondrá en su mitad superior.

Artículo 316.-1. Serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años los que incendiaren o volaren edificio, local o medio de transporte, sabiendo que dentro se hallaban una o más personas.

2. La pena será de prisión de cuatro a ocho años, si el incendio o explosión se provocaren en casa habitada o cualquier local al que habitualmente acudan personas, ignorando si había o no alguien dentro, y efectivamente hubiere habido peligro para las personas; y de prisión de dos a seis años si tal peligro no hubiere existido.

Artículo 317.- Los que provocaren incendios o voladuras no comprendidos en los artículos anteriores, cuando fueren en poblado o hubiere peligro de propagación, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años si el peligro hubiere afectado a la vida, integridad o salud de las personas, y con la pena de prisión de uno a cuatro años si fuere exclusivamente para la propiedad ajena.

Artículo 318.- El incendio o voladura no comprendidos en los artículos anteriores serán castigados como infracción de daños, imponiéndose la pena correspondiente al daño causado en su mitad superior.

Artículo 319. (Es el dedicado a los estragos).

Artículo 320.- El que por imprudencia grave provocare alguno de los incendios o estragos penados en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años si hubiere habido peligro para la vida, salud o integridad de las

personas, y de arresto de doce a veinticuatro fines de semana si tal peligro no hubiere existido."

Además de alguna otra alusión a los incendios,<sup>295</sup> no se puede dejar de señalar que en sede de daños el artículo 266-2º de la Propuesta alude a los forestales:

"Artículo 266.- Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el párrafo primero del artículo anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes: ... 2.º Produciendo por cualquier medio infección o contagio de ganado, o destruyendo por incendio masas forestales o grandes plantaciones arbóreas. 3.º ..." <sup>296</sup>

En esta ocasión, y dada la claridad con la que se expresa el artículo 317 PANCP, transcrito líneas más arriba, de darse peligro para las personas o propiedad ajena será éste el tipo a aplicar, perdiendo por tanto el supuesto la mera consideración de daños.

### **10.3 - El Proyecto de Código penal de 1992**

Llegamos por fin al último texto objeto de mención en esta exposición histórica.

---

<sup>295</sup> La falta del artículo 606 PANCP 83 sigue sancionando expresamente la denegación de ayuda a la autoridad en caso de incendio.

Si bien, esta vez ya no se habla de los incendios en sede de circunstancias genéricas de agravación de la responsabilidad criminal, ni tampoco como circunstancia calificadora expresa del asesinato.

<sup>296</sup> El párrafo primero del artículo anterior (265), se refería a cualquier daño en propiedad ajena que no se hallara comprendido en otros Títulos.

Señalar en primer lugar que en el texto del Anteproyecto que dio lugar a este PCP 92 no se aprecia variación alguna en la materia que nos viene ocupando con respecto al texto que paso al Proyecto.

La regulación de los incendios se encuentra, siguiendo al PCP 80 y a la PANCP 83, dentro del Título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva (Título XIV), esta vez en su Capítulo II (De los incendios y otros estragos), que se encuentra dividido en cinco secciones: Sección 1ª, "De los delitos de incendio" (artículos 330 a 332); Sección 2ª, "De los incendios forestales" (artículos 333 a 336); Sección 3ª, "De los estragos" (artículo 337); Sección 4ª, "De los incendios y estragos en bienes propios" (artículos 338 y 339); y Sección 5ª, "Disposiciones comunes a las Secciones anteriores" (artículos 340 y 341).

Todos y cada uno de los artículos que se acaban de citar se corresponden, algunos con ligerísimas variaciones, a preceptos extraídos de la PANCP 83, o del texto del CP en vigor en el año 1992.

Toda la Sección primera está copiada de la PANCP 83; así:

- El artículo 330 PCP 92 es copia literal, incluidas las penas, del artículo 315 PANCP 83.

- El artículo 331 PCP 92 es copia del 316 PANCP 83, con la única diferencia de haberse añadido los medios de transporte entre los lugares aludidos en su número segundo.

- El artículo 332-1 PCP 92 es literalmente el 317 PANCP 83, a excepción de la última referencia a los casos en los que el peligro lo es exclusivamente para la propiedad ajena. Supuesto éste que pasa a integrar el número dos del mismo artículo 332, variando un poco las penas y suprimiéndose el adjetivo ajena que calificaba la propiedad. Esto último tal vez se deba a que, a diferencia de la PANCP 83, en este PCP 92 se vuelven a regular expresamente los incendios de bienes propios.

En cuanto a la Sección segunda, dedicada a los incendios forestales, y con las diferencias obligadas por el nuevo sistema de penas del Proyecto, es transcripción de la regulación que se introdujo en el CP mediante la Ley Orgánica 7/87 de 11 de diciembre (artículos 553 bis a) a 553 bis c) del CP 1944, texto refundido de 1973), que con pequeñas variaciones ha pasado al CP de 1995.

Por su parte, la Sección cuarta es transcripción literal de los artículos 555 y 556 del CP, que bajo la misma rúbrica: "De los incendios y estragos en bienes propios" estaban en vigor en 1992.

En cuanto a la última Sección, la quinta, no se contiene en ella sino la regulación de la imprudencia para estos delitos; coincidiendo plenamente el artículo 340 PCP 92 con el artículo 320 PANCP 83 en lo que a los casos con peligro para las personas se refiere, y cambiando el 341 PCP 92 la pena de arrestos de fin de semana, que se contenía en el inciso final del mismo artículo 320 de la

Propuesta para cuando no hubiera existido tal peligro, por la de multa.

Resta para concluir, el resaltar que se trata, la de este Proyecto, de una regulación de los delitos de incendio carente de toda remisión al Capítulo de los daños, cosa que no ocurría con el PCP 80, ni con la PANCP 83. No obstante, dentro del Capítulo que este PCP 92 dedica a los delitos de daños, sí que encontramos una referencia a los incendios, que es nueva, pero sólo por la ubicación sistemática.<sup>297</sup> Me estoy refiriendo a los artículos 275 y 276:

Artículo 275 PCP 92: "El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recurso afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años."

Artículo 276 PCP 92: "Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas."

Preceptos que, con alguna pequeña variación, han pasado también a sede de daños en el CP de 1995, y a los que se aludirá en el último capítulo.

---

<sup>297</sup> Los supuestos que se van a transcribir en el texto fueron introducidos en el CP de 1944, texto refundido de 1973, por la Ley Orgánica 14/85 de 9 de diciembre, dentro de los delitos contra la seguridad exterior del Estado (Título I del Libro II); donde se creó un Capítulo II bis ("De los delitos relativos a la defensa nacional"), en uno de cuyos artículos, el 135 bis e), se contenían.

## ***Capítulo II***





## **CAPÍTULO II**

### **LOS INCENDIOS EN EL NCP. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA Y**

#### **COMPARACIÓN CON LA REGULACIÓN ANTERIOR**

Tras todas las vicisitudes que hemos ido viendo han sufrido los delitos de incendio en el transcurso del último siglo y medio, llegamos por fin a la regulación actual de los mismos. Regulación que aunque en apariencia se nos pueda representar como sustancialmente distinta de la vigente en el Código anterior, no lo es tal, o al menos no en aquellos aspectos en los que a primera vista pudiéramos pensar, y menos todavía desde las interpretaciones garantistas que pretendo mantener.

Aparece como primera novedad la inclusión de estos delitos dentro del Título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, en lugar de su anterior ubicación en sede de delitos contra la propiedad, tal y como hemos visto se venía proponiendo en los últimos intentos de sustitución del CP.

Procede, en orden a la finalidad que persigo con las presentes páginas, entrar a señalar las vicisitudes más relevantes de la gestación parlamentaria de los diversos

tipos de incendio,<sup>1</sup> para a continuación de cada uno ir señalando las concordancias que haya en su caso con la regulación que de los mismos se efectuaba en el anterior CP, y que una vez establecidas nos facilitarán en posteriores epígrafes las soluciones buscadas en la medida en la que tales concordancias permitirán hacer uso de la abundante jurisprudencia que sobre la materia existe, así como de las siempre interesantes opiniones doctrinales que acerca de la anterior regulación de estos delitos se habían vertido.

#### **1 - Artículo 351 NCP**

En el Proyecto de Ley que finalmente dio lugar al NCP el vigente artículo 351 era el 330, al cual, en lo que ahora interesa al efecto de aportar argumentos para las concordancias buscadas, se propuso mediante la enmienda 412 añadir un nuevo párrafo con el siguiente tenor:

"Con las mismas penas del apartado primero se castigarán los que provocaren incendios en poblado o con riesgo de

---

<sup>1</sup> En lo que hace referencia al anteproyecto del que se derivó el proyecto de Ley que finalmente entró en las Cortes para su debate, señalar que no se observa ninguna variación por lo que a los delitos de incendio se refiere, ni tampoco en aquellos otros preceptos de una forma u otra pueden afectar más directamente al objeto de la presente tesis.

propagación, si hubiera existido peligro para la vida, integridad o salud de alguna persona."<sup>2</sup>

Tal enmienda fue presentada por el Grupo Popular, y como justificación se aludía a la "necesidad de tipificar conductas de este tipo por su especial importancia."<sup>3</sup>

La ponencia hizo caso omiso de tal propuesta, y ya en el debate que se produjo en el seno de la Comisión, el portavoz del Grupo Popular (señor Bueso Zaera), tras una interesante introducción a los delitos de incendio que será traída a colación más adelante, concluyó, por lo que a la defensa de esta enmienda se refiere, manifestando que no se trata con la misma sino de despejar dudas: "... independiente de que el texto del artículo 330 del informe de la Ponencia haga referencia al incendio en general, mi Grupo cree que es

---

<sup>2</sup> Se hace referencia al párrafo primero porque en el texto del Proyecto había un párrafo segundo suprimido en trámites posteriores, en concreto en virtud de una enmienda *in voce* formulada en el seno de la Comisión de Justicia e Interior. Vid. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.614. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995.

Tal párrafo decía así: "Si además del peligro causado se hubiere producido lesión para la vida, la integridad física o la salud de las personas, se aplicará la regla prevista en el número 4 del artículo 8 o las del artículo 78 de este Código, según el peligro resulte o no consumido por la lesión."

La razón de tal supresión entiendo que fue la innecesariedad del mismo para que se aplicaran las soluciones que propone.

<sup>3</sup> Vid. Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6, p. 211.

necesario que se tipifiquen conductas de este tipo para que no haya ninguna duda sobre este tipo de incendios."

Precisamente por ello fue desatendida tal enmienda desde el Grupo Socialista, en palabras de su portavoz (señor Pérez Solano): "... este tipo de incendio en poblado o con riesgo de propagación ya está contemplado en el apartado primero del artículo 330; es decir, en el tipo del incendio básico. En esta definición del tipo general no se distingue, en absoluto, el que los incendios se produzcan en lugares poblados o despoblados o con riesgo de propagación."

No terminó aquí el debate sobre la citada enmienda, a continuación, por parte del señor Bueso Zaera, se entró en el argumento relativo a que "... lo que abunda no daña". Replicándole el portavoz socialista que sin llegar a dañar si puede estorbar.<sup>4</sup>

Efectivamente, a mi entender, la referencia expresa a los incendios en poblado o con riesgo de propagación siempre que hubiera hecho acto de presencia un peligro para la vida o salud de las personas, habría resultado cuando menos turbadora, máxime si se repara en que tales especificaciones del supuesto genérico de incendio con peligro para las

---

<sup>4</sup> Cfr. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.616. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995.

personas no conllevaban una diferencia en cuanto a las consecuencias jurídicas que de los mismos se proponía derivasen.

Desde tales circunstancias se nos habría presentado irremediablemente el interrogante relativo al porqué de dichas especificaciones; siendo que no conllevaban diferencia punitiva, y pese a la cautela con la que se debe utilizar en Derecho penal el argumento "a contrario",<sup>5</sup> nos tendríamos que centrar en la búsqueda de algún elemento que nos indicara que realmente no había una relación de género a especie; lo cual casi seguro habría dado pie a debatir sobre la distinta naturaleza del peligro que se hubiera requerido en uno y otro párrafo.

Debemos pues, de aceptar mi criterio, congratularnos de la no aceptación de tan desafortunada enmienda<sup>6</sup>, pues lejos de solventar dudas como pretendían hacer creer sus proponentes, habría generado un mar de confusiones.

---

<sup>5</sup> Vid. Cobo del Rosal, M. Y Vives Antón, T.S. Derecho Penal Parte General, 5ª ed. Valencia, 1999, p. 118.

<sup>6</sup> En otro contexto tal propuesta tendría sin duda una mejor crítica. De hecho como se encargó de poner de manifiesto el portavoz del Grupo Socialista, esta misma enmienda ya había sido presentada por el Grupo popular al proyecto de Ley de Código penal de 1992, siendo la estructura de los delitos de incendio en tal proyecto de Ley muy distinta, como tuvimos ocasión de comprobar, a la que presenta el ahora vigente Código. Vid. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.614. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995.

No obstante la enmienda se mantuvo hasta el final, llegando hasta el pleno del Senado. Los argumentos fueron reiterativos, si bien cabe señalar dos nuevas líneas argumentativas: 1ª-la necesidad de la referencia expresa a los incendios en poblado en función de la tradición jurídica de nuestros Códigos y legislación penal anterior a los mismos; y 2ª-el no entendimiento de por qué se regulan de manera expresa los incendios forestales, entre otros tipos, y no la propuesta que contiene esta enmienda referida a los incendios en poblado o con riesgo de propagación.<sup>7</sup>

Con respecto a la primera cuestión creo que tras la lectura del análisis histórico que precede a estas páginas huelga cualquier comentario acerca de la bondad o no de la regulación tradicional de esta materia. Y en cuanto a la segunda, se les olvida a los señores mantenedores de tal enmienda que en la misma se sigue exigiendo expresamente que se derive un peligro para la vida, salud o integridad de las personas, elemento éste que hace esencialmente distinta tal pretensión de la regulación que de los incendios forestales

---

<sup>7</sup> Vid. BOCG. Senado. 21 de septiembre de 1995. Núm. 87, p. 1857, enmienda núm. 626.

Cfr. Diario de sesiones del Senado, año 1995, Comisiones. Núm. 226. Sesión celebrada el 10 de octubre de 1995, p. 2184.

Cfr. Diario de sesiones del Senado, año 1995. Núm. 94. Sesión de Pleno celebrada el 26 de octubre de 1995, p. 2446.

se hacía en el Proyecto de manera específica. Y ello porque en el caso de estos últimos se preveía, como veremos enseguida, la posibilidad de los mismos sin que llegara a existir ningún peligro para las personas.<sup>8</sup>

También guardan relación con este artículo las enmiendas números 1.023, 1.024 y 1.025 presentadas por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, que proponían la adición de tres nuevos artículos:

Enmienda núm. 1.023:

"El que incendiare un bien de ajena pertenencia será castigado con la pena de prisión de seis meses a cinco años o multa de seis a veinticuatro meses."

---

<sup>8</sup> Aunque tal vez no se le hubo escapado tal circunstancia al portavoz del Grupo Popular en la Comisión de Justicia del Senado, señor Álvarez Gutiérrez, pues expresamente reconoció que todos los supuestos de incendios en poblado que con anterioridad se recogían en el Código penal, tienen cabida a su juicio en el tipo genérico de incendios que se proponía en el Proyecto a debate. Cfr. Diario de sesiones del Senado, año 1995, Comisiones, núm. 226, sesión celebrada el 10 de octubre de 1995, p. 2184.



Enmienda núm. 1.024:

"El que incendiare un bien en el que habitualmente se encuentre alguna persona será castigado con pena superior en un grado a la establecida en el artículo anterior."<sup>9</sup>

Enmienda núm. 1.025:

"El que incendiare cualquier bien público será castigado con pena de prisión de uno a seis años."

Las razones, mejor dicho, la razón que se daba por parte del representante del citado Grupo Parlamentario para justificar tales enmiendas, no era otra que la de cubrir las lagunas que con referencia a la regulación del VCP aparecerían como consecuencia de la ausencia de tales preceptos.

Y es que, cuando en la primera de las enmiendas transcritas se pretendía sancionar el incendio de bienes ajenos, no se hacía en consideración a que en el vigente artículo 351 sólo se estuviera sancionando el incendio de bienes propios, como por otra parte parece obvio, sino que se hacía en contraposición a la necesidad requerida por dicho

---

<sup>9</sup> Aunque del texto escueto de la enmienda no se puede deducir directamente que la remisión penológica que se efectúa lo sea a la pena propuesta en la enmienda previa (núm. 1.023), en el debate que en el seno de la Comisión de Justicia e Interior se llevó a cabo, expresamente se manifestó en este sentido el Sr. Olarte Cullen, representante del citado Grupo Parlamentario. Vid. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.612. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995.

artículo 351 de un peligro para las personas; se pretendía pues sancionar penalmente el mero incendio de cosas ajenas sin peligro para nadie.

En cuanto a la tercera enmienda transcrita, la condición de público del bien incendiado se consideraba por sí sola y sin necesidad de peligro para nadie como merecedora de una sanción penal más elevada que la propuesta en la primera de las tres enmiendas ahora comentadas, en la que se hablaba, como se acaba de ver, del incendio de cualquier bien ajeno.

Por lo que se refiere a la enmienda núm. 1.024, en la medida en la que como se ha dicho se trataba de una enmienda de adición, caso de haberse aprobado habría habilitado para sancionar los incendios de bienes en los que habitualmente se encontrara alguna persona, y esto pese a que en el caso concreto no hubiera nadie en dicho bien, o si lo había no se hubiera visto en peligro; de lo contrario la propuesta de adición resultaría ociosa y no se entendería que laguna pretendía cubrir, pues el vigente 351 cubre de forma genérica tales supuestos. Esto es justamente lo que se replicó por parte del portavoz del Grupo Socialista, señor Pérez Solano, quién expresamente manifestó que: "... si el incendio

---

comporta un peligro o riesgo para la vida, ya estaría contemplado en el delito común de incendio del artículo 330." Por el contrario, caso de no darse tal peligro para las personas, el supuesto ya estaría previsto, argumentaba el señor Pérez Solano, "... en el artículo 263 del proyecto de ley, que dice que será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los hechos descritos en el artículo anterior (se refiere al que destruyere, dañare en modo grave o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos, instalaciones, etcétera) mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas."<sup>10</sup>

Con tales argumentos, referidos por el representante del Grupo Socialista a las tres enmiendas comentadas (y he aquí la razón del análisis conjunto que les estoy otorgando), se justificó el rechazo a las mismas.

Conviene, no obstante, señalar que en lo que hace referencia a la cobertura por parte del artículo 263 del proyecto de ley (266 NCP) de los supuestos de hecho que se

---

<sup>10</sup> El contenido del paréntesis forma parte de la cita. Cfr. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.614. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995. Obsérvese además que se habla de la vida o integridad de las personas, sin adjetivar en esta ocasión la integridad de física, como se verá enseguida se hace expresamente en sede de incendios.

preveían en tales enmiendas cuando el peligro para las personas no hubiera hecho acto de presencia, el argumento no es en absoluto acertado. Buena muestra de ello es que el propio señor Pérez Solano interrumpió su referencia literal al precepto (se puede comprobar líneas más arriba), tras aludir a obras, establecimientos o instalaciones; añadiendo un genérico "etcétera", en lugar del adjetivo "militares" que sin solución de continuidad (sin coma alguna) calificaba a los citados sustantivos, y sin hacer referencia tampoco al resto del precepto, que exclusivamente alude a daños en instalaciones o materiales militares o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por tanto aquellos supuestos de incendio en los que no esté presente ningún peligro para las personas y que se pretendían sancionar por parte de Coalición Canaria con la inclusión de las referidas enmiendas, sólo se encontrarán tipificados si afectaran a material militar o policial, y en ningún caso de forma genérica, como se pretendió hacer creer trayendo a colación de forma totalmente sesgada el citado artículo 263 del proyecto de ley.

Con esto no me estoy en modo alguno pronunciando a favor de la bondad o no de las propuestas del grupo parlamentario

---

insular, sino tan sólo criticando la falta de valentía para defender de forma clara la opción a favor de la no tipificación genérica como delitos de incendio de aquellos supuestos en los que del fuego no se derivará peligro para las personas.

No obstante, es de justicia dejar constancia que en el Senado, donde por supuesto se reprodujeron las tres enmiendas transcritas,<sup>11</sup> la fundamentación de la negativa a la aceptación de las mismas por parte del representante del Grupo Socialista en la Comisión de Justicia del Senado, señor Blanco López, fue a mi entender mucho más acertada:

" ... o bien estamos ante un delito de incendios o bien ante un delito de daños, pero que en ningún supuesto, desde nuestro juicio, se trata de una laguna."<sup>12</sup>

Por último, hay que dejar constancia de la enmienda in voce que desde el Grupo Socialista, llevó a la supresión de la palabra "salud" dentro de la referencia que en esta sede se hacía al peligro para las personas. Así donde en el

---

<sup>11</sup> Esta vez con los números 141, 142 y 143 respectivamente. Vid. BOCG. Senado. V Legislatura. Núm. 87 (c), de 21 de septiembre de 1995, pp. 1721 y 1722.

<sup>12</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Senado. V Legislatura. Comisiones. Núm. 226. Sesión de 10 de octubre de 1995, pp. 2187 y 2188.

artículo 330 del Proyecto de CP se hablaba de peligro para la vida, integridad física o salud de las personas, en el NCP (artículo 351) se habla de peligro para la vida o integridad física de las mismas. La justificación que dio el señor Pérez Solano de un tal proceder la transcribo literalmente a efectos de su comentario en el lugar oportuno:

"Entendemos que cuando se pone en peligro la vida, la integridad física de las personas, ya es omnicompreensivo de todos los aspectos de la persona."<sup>13</sup>

Tras la referida andadura parlamentaria del hoy vigente artículo 351 se observa que donde antes aparecían siete artículos para tipificar las distintas conductas incendiarias que podemos llamar generales (arts. 547 al 553 del VCP), ahora sólo encontramos uno, el citado 351 del NCP. Lo cual, aunque pueda parecer paradójico, no supone que se haya visto despenalizada ninguna conducta. (Si bien algunas conductas que antes se sancionaban como incendios ahora se castigarán como daños -con las limitaciones que existen en el NCP para los daños imprudentes-). Por el contrario, la genérica regulación que representa el citado artículo 351 NCP viene a

---

<sup>13</sup> Véase el BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.613. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995.

suponer la sanción de un número considerable de conductas que antes quedaban impunes (y así se había denunciado), a la vez que también representa un incremento punitivo para otras; así, cuando estando en vigor el anterior Código se incendiaba un bien propio sin peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno, pero con peligro para determinadas personas, la conducta quedaba impune, y cuando ese mismo supuesto se daba como consecuencia del incendio de bienes ajenos que no fueran edificios normalmente la pena era muy inferior a la que es susceptible de imponerse con la nueva regulación.

Concretando, a la conducta sancionada en el artículo 351 del NCP, se reconducirán en la práctica la mayoría de aquellas que antes venían siendo castigadas en los artículos 547 -excepto el inciso final de su número primero, referido al incendio de "archivo o museo general del Estado"-, 548, 549.2º, y 550 del VCP, en la medida en la que con los mismos parámetros que venía apreciando la jurisprudencia se apreciará en tales conductas la presencia de un peligro para las personas que coyunturalmente hubiera en tales edificios o en los próximos.

Por lo que se refiere a ese último inciso del número primero del artículo 547 VCP, así como al supuesto antes previsto en el artículo 549.1º VCP, encontrarán su sanción en el actual artículo 351 también en función de que se llegue a apreciar o no la presencia de un peligro para las personas, circunstancia que en estos supuestos será menos plausible.<sup>14</sup>

Respecto del anterior artículo 551.1º señalar que en el supuesto en el que el edificio estuviera habitado, que es cuando normalmente podría haber peligro para las personas, los hechos se venían reconduciendo en virtud de la apreciación de un concurso de normas, y según los casos, a los ya citados artículos 548 ó 549.2º/550.1º (siempre del anterior Código); de no estar habitado, y dado que se trata de un edificio situado en despoblado, normalmente no existiría peligro para las personas y por tanto estaríamos fuera del ámbito del artículo 351 ahora comentado.

En resumen, tanto los supuestos de incendios en archivos o museos generales del Estado (artículo 547-1º, último inciso), como los de edificios públicos antes regulados en el artículo 549.1º, como los subsumibles en el artículo 551.1º a los que

---

<sup>14</sup> Cfr. SSTs de 27-03-1996, 05-02-1997, 23-06-1997, y 31-10-1998.



acabo de aludir; así como en general todos aquellos casos incardinables en cualquiera de los artículos dedicados a los incendios en la sección primera del capítulo VIII del título XIII del VCP, se verán abarcados por el artículo 351 NCP, o por los preceptos relativos a los delitos de daños (a no ser que encajen en los supuestos específicos previstos en los artículos 352 y siguientes NCP)<sup>15</sup>, en función de la efectiva presencia o no de peligro para las personas derivada del incendio.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Estoy pensando en el supuesto contemplado en el artículo 551. 2º VCP, que alude al incendio de mieses pastos o plantíos, en cuyo caso, de darse el incendio de los mismos sin peligro para persona alguna, no siempre deberemos con el NCP remitirnos a sede de daños, sino que algunos supuestos encajarán en el 356 del NCP, en la medida en la que perjudiquen gravemente el medio natural.

<sup>16</sup> Peligro que no es incompatible con la redacción del artículo 553 VCP que como se recordará exigía para su aplicación la ausencia de todo peligro de propagación. Tal entendimiento se deriva del concepto de incendio que con posterioridad extraeré de la regulación del VCP. *Vid. infra* epígrafe V.2.

## 2 - Artículo 352 NCP

Tan sólo tres enmiendas se presentaron a éste que finalmente fue el artículo 352 del NCP. Como consecuencia de las mismas se pasó al plural: "Los que incendiaren...", y se aumentó la pena de multa de los seis a veinticuatro meses que preveía el Proyecto de CP a la de doce a dieciocho que figura en el texto del Código.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Dos de las tres enmiendas fueron presentadas por el Grupo Popular, una en el Congreso (la 413), y otra en el Senado (la 627), con la primera de ellas se consiguió parte de lo pretendido, el cambio de redacción del singular al plural al que se ha hecho referencia en el texto, no consiguiéndose en cambio el aumento de la pena de multa que se pretendía, y que por un error (al parecer) se solicitaba fuera en su límite máximo de 48 meses. Esto mismo es lo que se pretendía en el Senado con la citada enmienda 627, que siendo corregida por el propio grupo enmendante antes del informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Senado, en el sentido de reducir el máximo de la multa de 48 a 18 meses, fue aceptada por dicha Ponencia y ratificada en trámites posteriores. (Véase el BOCG, Senado, Núm. 87(e) de 9 de octubre de 1995, p. 1945.)

La tercera de las enmiendas fue la número 1157, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), y pretendía una elevación de la pena privativa de libertad muy considerable para aquellos incendios forestales en los que no hubiere un peligro para las personas. Frente a la previsión de uno a cinco años de privación de prisión que efectuaba el Proyecto de CP, y que es la que ha resultado vigente, se proponía su elevación a prisión de cinco a siete años. Enmienda que fue dada por defendida sin ninguna explicación en la Comisión de Justicia e interior del Congreso de los Diputados, por parte del Señor Casas i Bedos. (Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, p. 15.612).

También hay que dejar constancia en este momento de una enmienda *in voce* por parte del Grupo Socialista en el Congreso y que versó en la misma dirección que otra apuntada con anterioridad en relación con el artículo 351 NCP. Allí se pidió la supresión de

Entrando ya en el contenido de éste, el primero de los preceptos que integran la Sección segunda del Capítulo dedicado a los incendios en el NCP, se observa como su redacción es muy similar a la que ya estaba vigente en el VCP desde 1987. Se han invertido el orden de los párrafos del antiguo 557 bis a), regulándose ahora primero el incendio de montes o masas forestales, sin mayores exigencias, para pasar en el párrafo siguiente a regular el supuesto en el que como consecuencia de un tal incendio se pusieran en peligro la vida o la integridad de las personas.

Además hay un cambio de redacción podrá comportar consecuencias relevantes (al menos a nivel teórico) respecto del entendimiento de la naturaleza del peligro exigido.<sup>18</sup> Me estoy refiriendo a la desaparición de la exigencia relativa a la necesidad de que "el peligro para las personas estuviere manifiestamente excluido" para poder aplicar la pena más benigna del párrafo segundo del 553 bis a); pasando

---

la palabra "salud", aquí se solicitó la adición del adjetivo "física" al término "integridad", adjetivación que no se contenía en el Proyecto. (Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, p. 15.615).

<sup>18</sup> En todo caso, dado el concepto de peligro que se va a mantener, tal posible relevancia desaparecería. *Vid. infra* epígrafes IV.1 y IV.5.1.

simplemente en el NCP a no hacerse referencia al peligro para las personas como elemento del tipo cuya pena es inferior.

### **3 - Artículo 353 NCP**

Este precepto es en buena medida transcripción del anterior 553 bis b), tan sólo se ha añadido en la tercera de las circunstancias enumeradas en su apartado primero, la referencia a que como consecuencia del incendio se vea afectado algún espacio natural protegido. Referencia que estuvo presente ya desde el principio sin verse alterada por la tramitación parlamentaria del precepto.

La otra novedad de este artículo 353 NCP es la adición de su número segundo; adición que tuvo su origen en una enmienda del Grupo Mixto, firmada por D<sup>a</sup> Pilar Rahola, (la número 192), en la que se solicitaba la inclusión de una quinta circunstancia a las cuatro existentes: "5º En el caso de intencionalidad lucrativa." Se justificaba tal propuesta en la consideración de este supuesto como el más común de los que dan lugar a incendios provocados.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6, p. 154.

Tal enmienda fue favorablemente acogida desde el primer momento por la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, si bien no como una quinta circunstancia, sino como supuesto integrante de un nuevo párrafo, en el cual se especificaba que el beneficio económico perseguido debía ser, para integrar la pena agravada, un lucro derivado de los efectos del incendio.<sup>20</sup>

#### **4 - Artículo 354 NCP**

No hay diferencias con el 553 bis c) del VCP, al margen de las penas que no están siendo objeto de comentario en esta sede, y de la inversión en la redacción del párrafo primero, apareciendo de esta forma el sujeto y la conducta en primer lugar para a continuación regularse la correspondiente sanción. Cambio éste que fue efectuado en trámite de Ponencia.<sup>21</sup>

Señalar para concluir con las referencias a este artículo lo acertado de la no consideración por parte de sus Señorías de la enmienda número 192 formulada por la señora Pilar

---

<sup>20</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 22 de mayo de 1995. Serie A. Núm. 77-8, p. 467.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

Rahola del Grupo Mixto del Congreso. En la misma se proponía la supresión del párrafo segundo, es decir, de la exención de pena como consecuencia de la extinción del incendio por la acción voluntaria y positiva del autor del mismo. La justificación que se daba para una tal propuesta no era sino la siguiente: "Con el fuego no se juega".<sup>22</sup>

## **5 - Artículo 355 NCP**

Este artículo no aparecía originariamente en el Proyecto de CP, sino que trae causa de la enmienda número 622 presentada por el Grupo Socialista del Congreso y admitida ya por el informe de la Ponencia. Tal enmienda contenía literalmente el texto que aparece vigente en el artículo 355 del Código. La motivación que se dio para la adición de tal precepto fue la de:

---

<sup>22</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6, p. 154.

Igualmente afortunada fue la decisión de nuestros parlamentarios de no admitir la siguiente enmienda, la 193, presentada por la misma diputada, y en la que se proponía la adición de una disposición común a todos los tipos de incendio en los siguientes términos: "Artículo 336. El que reincidiese en incendiar, provocar o inducir a incendiar, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años." *Ibid*, pp. 154 y 155.

"Prever dentro de las facultades que la ley otorga a los Jueces o Tribunales en la sanción de estos delitos , un catálogo más amplio de medidas que comporten mayor prevención contra la realización de conductas que creen grave alarma social." <sup>23</sup>

No obstante lo allanado del camino que recorrió la citada enmienda en el Congreso, en el Senado las cosas fueron distintas. Así, desde el Grupo Mixto, la Senadora Boneta Piedra, a través de la enmienda número 251 solicitó la supresión del precepto incorporado por el Congreso; y lo hizo por entender que:

"El artículo prevé sanciones de carácter económico para el titular del terreno, no responsable del incendio. Las medidas necesarias deben tomarse desde la legislación administrativa." <sup>24</sup>

He transcrito tanto la justificación que se dio para la incorporación de estas medidas al Código, como las razones que se esgrimieron para solicitar su ulterior supresión, y lo

---

<sup>23</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6, p. 266. Véase también el de 22 de mayo de 1995. Serie A. Núm. 77-8, p. 467.

<sup>24</sup> Véase el BOCG, Senado, de 21 de septiembre de 1995. Serie II. Núm. 87(c), p. 1.752.

he hecho para poner de manifiesto lo sensato y fácil que habría sido transigir, sobre todo tras reconocer que efectivamente sólo en algunas ocasiones el titular del terreno incendiado tendrá algún tipo de responsabilidad en los hechos.

Y es que tras el rechazo unánime de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Senado a la supresión de las medidas introducidas por el artículo comentado<sup>25</sup>, en el seno ya de la Comisión mencionada y desde el Grupo Socialista, el señor Blanco López llegó a decir que en alguna ocasión sí que el titular del terreno podría ser responsable del incendio; justificando de este modo el mantenimiento del texto remitido desde el Congreso.<sup>26</sup>

Ante tal razonamiento, y como no podía ser de otra forma, la señora Boneta Piedra tuvo que replicar. Cuestionó en primer lugar la capacidad, por ausencia de conocimientos técnicos, de los Jueces y Tribunales para pronunciarse sobre la prohibición de recalificación del terreno en un plazo tan amplio de tiempo como representan treinta años; y en segundo

---

<sup>25</sup> Véase el BOCG, Senado, de 9 de octubre de 1995. Serie II, Núm. 87(e), p. 1.946.

<sup>26</sup> Véase el BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, pp. 2.182 y 2.188.



lugar se preguntó que pasaba cuando, como acababa de reconocer el portavoz socialista, el titular del terreno no era en absoluto responsable.<sup>27</sup>

La enmienda llegó hasta el final, discutiéndose en similares términos en el pleno del Senado, y como ya se sabe no siendo aceptada; no sin antes, eso sí, haber dejado constancia la señora Boneta de lo fácil que habría sido llegar a una solución de consenso, con la sencilla fórmula de limitar la posibilidad a los Jueces y Tribunales de aplicar las medidas en cuestión a aquellos supuestos en los que el titular de los terrenos afectados por el fuego fuera responsable del evento.<sup>28</sup>

## **6 - Artículo 356 NCP**

Este precepto, que por sí solo integra la Sección tercera del Capítulo dedicado a los delitos de incendio, fue

---

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 2.190.

<sup>28</sup> Véase el BOCG. Diario de sesiones del Senado. Núm. 94, sesión del Pleno del 26 de octubre de 1995, pp. 2.444, 2.448, 2.449 y 2.450.

Se puede apreciar en las últimas páginas indicadas como, pese a haberse planteado, no se entró a discutir acerca de la naturaleza de las medidas contenidas en este artículo; naturaleza que de ser sancionadora haría más atendibles, si cabe, los planteamientos de la señora Boneta Piedra.

introducido, y por tanto con él la Sección tercera, por el informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso. Esta nueva Sección lleva como rúbrica: "De los incendios en zonas no forestales", y el texto de la propuesta introducida por la citada Ponencia versaba del siguiente modo:

"El que incendiare zonas de vegetación no forestales que comporte una grave alteración del medio natural será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses"<sup>29</sup>

Con este tenor llegó al Senado, donde desde el Grupo Mixto los señores Martínez Sevilla y Nieto Cicuendez, con la enmienda número 28 solicitaron su modificación. Solicitaban sustituir: "... que comporte una grave alteración del medio natural ...", por: "... que perjudique gravemente el medio natural ...". Siendo tal pretensión rechazada por unanimidad por parte de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Senado.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 22 de mayo de 1995. Serie A. Núm. 77-8, pp. 467 y 468.

<sup>30</sup> Véase el BOCG, Senado, de 21 de septiembre de 1995. Serie II. Núm. 87(c), p. 1.692. Véase también el de 9 de octubre de 1995. Serie II, Núm. 87(e), p. 1.946.

No obstante, y ya en el seno de la propia Comisión, los Senadores citados en el párrafo anterior defendieron la modificación por ellos propuesta. Vinieron a decir que lo importante no era que se percibiera o no un perjuicio para el medio natural, sino el hecho de que tal perjuicio realmente se diera. Parece que entendían que la utilización del verbo típico "comportar" representaría un problema en aquellos supuestos en los que no se percibiera de un modo directo y claro el perjuicio ocasionado por el incendio; de hecho llegaron a criticar expresamente la excesiva relevancia que tiene en nuestra civilización lo visual, lo perceptible a primera vista.<sup>31</sup>

Hay que criticar en el aspecto argumental tal entendimiento del verbo "comportar", cuya acepción tercera del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, lo equipara a "implicar"; acción que a su vez, según la misma fuente y en lo que ahora nos interesa, es tanto como: Contener, llevar en sí, significar. Pues bien, aunque esta última referencia a "significar" pudiera asistir la preocupación de los Senadores proponentes de la enmienda en

---

<sup>31</sup> Cfr. BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, p. 2.182.

Tal crítica encaja a la perfección con los planteamientos que se defenderán en el Capítulo IV respecto de la relación de causalidad y del concepto de peligro. Vid. *infra* epígrafes IV.1 y IV.2.1.

la medida en la que tal conducta se relaciona con indicios o signos, es lo cierto que en primer lugar "significar" es tanto como: "Ser una cosa, ..." <sup>32</sup>; acepción ésta que además es la que mejor se coherente con su referencia conjunta a contener y llevar en sí, que hemos visto unas líneas más arriba. Por tanto, "comportar" alude más a la naturaleza esencial de las cosas o sucesos que a su apariencia o percepción visual; no teniendo ningún sentido en consecuencia la modificación pretendida, y finalmente introducida.

No obstante, en la medida en la que esta argumentación, pese a lo erróneo de venir fundada en el significado del verbo comportar, sirvió para que el artículo se modificara, creo que debemos congratularnos de la misma. Y ello, en tanto en cuanto ha dado ocasión a que el Legislador, al tomar en consideración tal argumentación, se pronunciara, si bien implícitamente, acerca de lo relevante de investigar los concretos y reales resultados de las acciones (en esta

---

<sup>32</sup> El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española al verbo "significar" le atribuye los siguientes contenidos: Ser una cosa, por naturaleza, imitación o convenio, representación, indicio o signo de otra distinta. 2. Ser una palabra o frase expresión o signo de una idea o de un pensamiento, o de una cosa material. 3. Hacer saber, declarar o manifestar una cosa. 4. Representar, valer, tener importancia. 5. Hacerse notar o distinguirse por alguna cualidad o circunstancia.

ocasión de un incendio), en lugar de conformarse con meras impresiones.

Entrando ya a señalar las posibles concordancias de este artículo 356 NCP con artículo/s del VCP, hay que referirse al objeto material al que viene referido. Tal objeto material viene constituido por las zonas de vegetación no forestal. Lo que debamos entender por tales zonas se puede deducir, a sensu contrario, de las previsiones que se efectúan en el artículo segundo de la Ley 81/1968 de 5 de diciembre, sobre incendios forestales; y de los apartados segundo y tercero del artículo primero de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, a los cuales se remite la primera norma citada.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Artículo 2 de la Ley 81/1968 (Ley de incendios forestales):

"A los efectos de esta Ley se consideran incendios forestales aquellos que afecten a los terrenos y montes comprendidos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, cualquiera que fuese su propietario".

Números 2 y 3 del artículo 1 de la Ley de 8 de junio de 1957 (Ley de montes):

"2. Se entiende por terreno forestal o propiedad forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo. No obstante se exceptúan de los comprendidos en dicho concepto los terrenos que formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola, y así mismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral cantábrico.

3. Bajo la denominación de montes se comprenden todos los terrenos que cumplan las condiciones que se especifican en el

De la lectura de los anteriores preceptos se puede concluir que, básicamente, el ámbito de aplicación del vigente artículo 356 coincide con el del artículo 551.2º del VCP; a saber: mieses, pastos o plantíos. No obstante, y guardando relación con las razones de fondo de la enmienda antes comentada, hay una diferencia fundamental entre ambos preceptos, ahora se exige que se haya perjudicado gravemente el medio natural. Caso de no darse un tal perjuicio, y por grandes que hayan sido las proporciones de las llamas y los destrozos ocasionados por la acción del fuego, no podrán sancionarse los hechos como típicos de este artículo 356.

## **7 - Artículo 332 NCP**

No se trata de un error. Creo oportuno, dados los fines perseguidos en este trabajo, el hacer también referencia a la discusión parlamentaria que giró en torno a este precepto. El

---

apartado 2 y aquellos otros que, sin reunirlos, hayan sido o sean objeto de resolución administrativa por aplicación de las leyes que regulen esta materia y en virtud de la cual hayan quedado o queden adscritas a la finalidad de ser repoblados o transformados, por tanto, en terrenos forestales."

Transcribir los artículos citados, o remitirme infra donde ya lo estén.

mismo abre, dentro del Título XVI: "Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", el Capítulo IV: "De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna". Siendo lo relevante para su tratamiento en esta sede, como enseguida se entenderá, la mención que hace entre sus verbos típicos al de "quemar".

Así, junto a los verbos cortar, arrancar, recolectar y traficar, el artículo 332 NCP también incluye el de quemar, viniendo todos ellos referidos a especies o subespecies de flora amenazada, o a sus propágulos.<sup>34</sup>

Pues bien, dos enmiendas sumamente interesantes, por lo que al objeto de este estudio se refiere, fueron presentadas como alternativas a la redacción que presentaba en el Proyecto de Código el artículo referenciado.<sup>35</sup> Ambas eran coincidentes en parte, en la parte que aquí interesa,

---

<sup>34</sup> En el Proyecto de Código también se hablaba de comerciar, siendo la supresión de esta conducta, por entenderla incluida ya en la referencia al tráfico ilegal, la única enmienda admitida en relación al artículo comentado. Enmienda que surgió como transaccional a la presentada por Izquierda Unida en el Congreso, y que veremos a continuación. Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, pp. 15.605 y 15.606.

<sup>35</sup> El artículo 312 del Proyecto de CP decía así: "El que corte, tale, queme, arranque, recolecte, comercie o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada, o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente sus hábitats, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses."

pretendiendo la desaparición de la referencia al verbo quemar, y ambas agotaron infructuosamente sus posibilidades de discusión hasta el final, hasta el Pleno del Senado.

La primera de ellas fue la enmienda número 406, presentada por el Grupo Popular del Congreso, enmienda que coincide literalmente con la número 621 presentada en el Senado. En ella se proponía el siguiente texto alternativo:

"Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, al que arranque, tale, corte, destruya o trafique reiteradamente con ejemplares de alguna especie, propágulo o resto de flora protegida, o destruya o altere gravemente sus hábitats."<sup>36</sup>

Por su parte la enmienda número 781 presentada por Izquierda Unida - Iniciativa por Cataluña al Proyecto de Código elevado al Congreso, y reiterada en el Senado con el número 23, pretendía, y la transcribo también literalmente: Sustituir desde el principio hasta "sus propágulos,...", por el siguiente texto: "El que, de cualquier forma, dañe,

---

<sup>36</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6, p. 220. Y BOCG, Senado, de 21 de septiembre de 1995. Serie II. Núm. 87(c), p. 1.856.



destruya o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada, ..."<sup>37</sup>

Común a las dos enmiendas transcritas, como ya se ha señalado, es la desaparición de la referencia a la conducta de quemar, en la primera de ellas la supresión de tal conducta se ve como directamente perseguida<sup>38</sup>, mientras que en la segunda es consecuencia de la redacción más genérica y omnicomprendensiva que, como se ha podido apreciar, se da al tipo.

Así, desde el Grupo Popular, el señor Sanz Escalera, y en relación a la primera de las enmiendas señaladas, manifestó expresamente, tanto en el seno de la Comisión de Justicia e Interior como en el Pleno del Congreso, que la supresión de la palabra "queme" se debía al entendimiento del incendio como un delito sustantivo que tiene su encaje en otro lugar del Código, ya que el verbo quemar en esta sede hace

---

<sup>37</sup> *Ibid*, pp. 311 y 1.691 respectivamente.

<sup>38</sup> En la enmienda 406 hay otros cambios significativos con respecto al texto del Proyecto. Así, se exige la circunstancia de la reiteración o habitualidad para configurar el delito de tráfico de especies, y se puntualiza que la flora esté necesariamente protegida por una disposición legal, en lugar de la expresión "amenazada", que utiliza el Proyecto, y que desde el Grupo Popular se entiende imprecisa. Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, p. 15.600.

referencia a la utilización del fuego para la destrucción de la flora, siendo que el incendio del bosque tiene su encaje en otro lugar con otras penas y otro tratamiento, no entendiendo por qué hay que reiterar tales conductas.<sup>39</sup>

Por el contrario, desde el Grupo Socialista y en trámite de dictamen de la Comisión, el señor Barrero López dejó muy claro que la conducta de quemar en esta sede de delitos relativos a la protección de la flora y de la fauna, no significa que se esté necesariamente ante un incendio, pudiendo perfectamente tratarse de una quema muy concreta y destinada específicamente al fin de destrucción de un determinado hábitat.<sup>40</sup>

Como se habrá apreciado ésta es una discusión esencial para el objeto del presente trabajo, se está debatiendo acerca de si toda utilización del fuego para destruir (en este caso zonas de vegetación), es constitutiva de incendio.

---

<sup>39</sup> Cfr. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, pp. 15.600 y 15.607. Así como el correspondiente a la sesión del Pleno de 29 de junio de 1995, núm. 160, p. 8.510.

En el mismo sentido cfr. BOCG. Diario de Sesiones del Senado. Sesión del Pleno del 26 de octubre de 1995, p. 4.841.

<sup>40</sup> Cfr. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, p. 15.609.

La segunda de las enmiendas traídas a colación también puede servir para abundar sobre la cuestión que acabo de plantear, si bien en esta ocasión de un modo más indirecto. En ella (enmienda número 781 al Proyecto elevado por el Gobierno al Congreso, y número 23 al texto que llegó al Senado), desde Izquierda Unida, en el Congreso el señor López Garrido, y en el Senado, esta vez integrado en el Grupo Mixto, el señor Martínez Sevilla, defendieron la sustitución de la sucesión de verbos que figuraban en el texto del artículo que estamos comentando, y entre los que como sabemos se encontraba el de quemar, por la referencia genérica a: "El que de cualquier forma, dañe, destruya o efectúe tráfico ilegal ...". Se entendía por parte de los proponentes de tal enmienda, criterio que comparto, que todas las conductas de las que formaban parte esencial los verbos que se enumeraban, quedaban englobadas en la redacción alternativa y más genérica que ellos proponían.<sup>41</sup> Por tanto, también la conducta consistente en quemar especies de flora amenazada; dando a entender con ello la ausencia de relevancia penal derivada de la equiparación de esta modalidad destructiva,

---

<sup>41</sup> Cfr. BOCG. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, p. 15.601. BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, pp. 2.174 y 2.180. Y BOCG. Diario de Sesiones del Senado. Núm. 94. Sesión del Pleno del 26 de octubre de 1995, p. 4.838.

basada en quemar, con las otras conductas derivadas del resto de verbos típicos. En este sentido, en ningún momento de la discusión de tal enmienda se sugirió por ninguna de las partes, favorables o contrarias a la misma, la idea relativa a que de la supresión o permanencia del verbo quemar se podrían plantear problemas concursales con los delitos de incendio en aquellos supuestos en los que la flora amenazada se destruyera a través del fuego.<sup>42</sup> La ausencia de referencias a tan problemática cuestión puede entenderse como reveladora, por parte de los parlamentarios Socialistas y de Izquierda Unida, que fueron los que debatieron la enmienda en cuestión, del entendimiento de las conductas de quemar e incendiar como distintas.

Desde el Grupo Socialista esto ya quedó claro en el debate de la enmienda número 406, antes comentada. En el caso de los parlamentarios de Izquierda Unida, pese a no decirse expresamente, el debate de la enmienda número 19 al texto

---

<sup>42</sup> El argumento decisivo desde el Grupo Socialista para mantener la referencia expresa a cada uno de los verbos, incluido el de quemar, en lugar de la cláusula más general propuesta por Izquierda Unida, se basó en el hecho de que tal redacción se ajusta al Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre, firmado en Washington el 3 de marzo de 1933. Véase el BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, p. 2.178. Y BOCG. Diario de Sesiones del Senado. Núm. 94. Sesión del Pleno del 26 de octubre de 1995, p. 4.839.

elevado al Senado puede traerse a colación para apoyar una tal lectura. En esta enmienda pretendieron, y consiguieron, sustituir la frase: "... perjudicar gravemente las condiciones de la vida silvestre, bosque, espacios naturales o plantaciones útiles", por la de: "... perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" que aparece vigente en el artículo 325 NCP, artículo que como sabemos encabeza el Capítulo dedicado a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Para ello argumentaron que la quema de una pastizal, o de monte bajo en terreno de alta pendiente, no encajaría en la redacción inicial, pues difícilmente podrían considerarse bosque, espacio natural o plantación útil.<sup>43</sup>

Aunque la calificación de tales espacios la podamos discutir, lo cierto es que acudieron a la quema como medio destructivo de tales lugares; al igual que hicieron en la enmienda número 28 al texto que salió del Congreso, referida al que finalmente sería el artículo 356 NCP (incendio de zonas no forestales), utilizando el mismo ejemplo de la quema de un pastizal, y siendo expresamente conscientes de que tal

---

<sup>43</sup> Cfr. BOCG, Senado, de 21 de septiembre de 1995. Serie II. Núm. 87(c), p. 1.690. BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, pp. 51 y 56. Y BOCG. Diario de Sesiones del Senado. Núm. 94. Sesión del Pleno del 26 de octubre de 1995, p. 4.837.

ejemplo lo habían utilizado ya para la fundamentación de la enmienda número 19, a la que se acaba de hacer referencia.<sup>44</sup>

La razón de la repetición en ambas sedes del mismo ejemplo se encuentra en el objeto destruido, unos pastos; si bien para ello no repararon en aludir en las dos ocasiones a la acción de quemar, siendo de nuevo significativo que pese a referirse expresamente a que están utilizando el mismo ejemplo no aludan lo más mínimo a la problemática de concurso de infracciones que de ello se tendría que derivar consecuentemente, pareciendo por tanto que no se quería decir lo mismo con las dos alusiones a quemar.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Cfr. BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, p. 60.

<sup>45</sup> Se impone un esfuerzo por aclarar en cada caso lo que se quiere decir cuando se habla de quemar; así, pese a que como hemos visto desde el Grupo Socialista en el Congreso parecía tenerse claro que incendiar y quemar no son la misma cosa, el señor Blanco López, también desde las filas socialistas, esta vez en la Comisión de Justicia del Senado, y al hilo de la discusión que se estaba produciendo en torno a las enmiendas 141 a 143, presentadas desde Coalición Canaria, y que reproducían las números 1.023 y 1.025 presentadas en el Congreso (vid. *supra* epígrafe II.1), se expresaba en los siguientes términos:

"... entendemos que una cosa es quemar algo, y otra es el delito de daños en función de la cuantía de éstos. ...o bien estamos ante un delito de incendios o bien ante un delito de daños, pero en ningún supuesto, desde nuestro juicio, se trata de una laguna." Véase el BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, p. 66.

Como se aprecia, da la sensación que quemar e incendiar se han utilizado en esta ocasión como sinónimos.

## 8 - Artículo 357 NCP

En el artículo 334 del Proyecto de CP se castigaba al incendiario de bienes propios siempre que hubiera tenido propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio o existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno; supuestos que como se habrá observado coinciden literalmente y en su integridad con los preveía el artículo 556 del Código derogado.

En palabras del señor Olarte Cullén, del grupo de Coalición Canaria en el Congreso, en este artículo del Proyecto:

"Se confunden dos conductas que no tienen nada que ver una con otra, que sistemáticamente aconsejarían su ubicación en dos preceptos penales independientes y que, por lo que a la primera parte del mismo respecta en cuanto al incendio de bienes propios para defraudar o perjudicar a un tercero, los supuestos típicos del incendio con la finalidad de percibir un seguro -el importe del bien asegurado-, llevan como justificación, a mayor abundamiento, la circunstancia de que para nosotros la destrucción de un bien propio, aunque sea por la vía del incendio, si no causa daño material a la

integridad o a cualquier otro derecho de la persona o bien jurídico protegido por el Código en este capítulo y en esta sección concretamente, no puede ser constitutivo de delito. Y en el supuesto de que se trate de defraudar a terceros, no es correcto acudir a ninguna forma de concurso ni estaríamos en presencia de delito de incendio, sino que, más ortodoxamente, cabría hablar de una circunstancia específica de agravación del delito de estafa, ..."<sup>46</sup>

Las anteriores palabras tuvieron como escenario la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, con ocasión de la defensa de la enmienda número 1.026, que pretendía la supresión del citado artículo 334 del Proyecto. Pues bien, en consonancia con el contenido del texto transcrito se encuentra la enmienda número 1.011, procedente del mismo Grupo Parlamentario, y defendida al igual que la anterior por el señor Olarte Cullén. Esta enmienda tenía como objeto la adición de un nuevo apartado, el octavo, a los que ya integraban el artículo 243 del Proyecto de CP, artículo relativo a supuestos agravados del delito de estafa y que en el texto finalmente aprobado del NCP figura con el número

---

<sup>46</sup> Véase el BOCG . Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.613. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995.



250. Como ya se adivinará, el supuesto agravado de estafa se refería al incendiario de un bien propio que persiguiera defraudar o perjudicar a tercero.<sup>47</sup>

La justificación que se daba para tal adicción corría totalmente paralela a la que se ha visto fundamentó la petición de supresión del artículo 334 del Proyecto.

Desde las filas socialistas fueron rechazadas ambas enmiendas, siendo esta vez rebatidas cada una por un miembro distinto de su Grupo Parlamentario. De este modo se entiende que el señor Pérez Solano criticara la petición de supresión del artículo 334 del Proyecto sin formular expresamente una alternativa para esa estafa agravada que desde Coalición Canaria se entendía que constituye el incendio de bienes propios. Tal propuesta alternativa sí que existía, y no era otra que la que integraba la enmienda 1.011 antes vista; enmienda que fue contestada por la señora Del Campo Casasus.

Esta alusión a que desde Coalición Canaria no se ofrecía texto alternativo a la propuesta que ellos mismos planteaban fue el primer argumento que esgrimió el señor Pérez Solano para rechazar la enmienda que pedía la supresión del citado artículo 334 del Proyecto, a lo que añadió que:

---

<sup>47</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6, p. 366.

"... es más correcto mantenerlo como delito autónomo, y además por sistemática dentro de este título de los delitos de riesgo e incendio, que ubicarlo como una circunstancia agravante del delito de estafa."<sup>48</sup>

Todo ello tras afirmar que la opción propuesta por Coalición Canaria era perfectamente legítima, pudiendo representar una de las múltiples posibilidades existentes al respecto; así como que la posición del Proyecto y por él defendida en nombre del Grupo Parlamentario Socialista "no es ninguna extravagancia" -y he citado literalmente-, puesto que en el VCP el artículo 556 ya preveía como delito autónomo el incendio de bienes propios con el propósito de defraudar o perjudicar a tercero, habiendo causado defraudación o perjuicio, o existiendo peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno.<sup>49</sup>

Por su parte, la señora Del Campo Casasus fundamentó el rechazo a la enmienda 1.011, además de porque el supuesto de estafa agravada que se pretendía introducir coincidía exactamente con un supuesto recogido en el artículo 334 del

---

<sup>48</sup> Véase el BOCG . Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 512, p. 15.615. Sesión celebrada el 6 de junio de 1995.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

Proyecto de CP, y de que no tenía sentido trasladar un tipo de delito de incendio a la estafa, en el hecho de que: "El incendio aquí es el medio comisivo del delito que causa riesgo para terceros."<sup>50</sup>

Creo que de las opiniones y razonamientos que me he permitido transcribir en estas últimas páginas se pueden extraer algunas ideas muy interesantes.

En primer lugar se alude desde Coalición Canaria al hecho relativo a la dualidad de conductas, de distinta naturaleza jurídica cada una, que se recogen en este precepto dedicado al incendio de bienes propios; y si bien no especifican expresamente cuales son, si que, en la medida en la que a continuación aluden a la primera de ellas, en la que se requiere el propósito de defraudar o perjudicar a terceros, se puede aventurar que la otra conducta a la que se aludía es aquella de la que se deriva un peligro para edificio, arbolado o plantío ajeno.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Véase el BOCG . Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Núm. 511, p. 15.549. Sesión celebrada el 5 de junio de 1995.

<sup>51</sup> Recuérdese que en la enmienda número 1.026 (*vid. supra* dentro de este mismo epígrafe), firmada por Coalición Canaria, se pedía la supresión de la regulación del delito de incendio de bienes propios tal y como venía en el artículo 334 del Proyecto de CP,

Pues bien, aunque manifiestan que en el artículo 334 del Proyecto de CP coexisten dos conductas que no tienen nada que ver la una con la otra y que deberían integrar preceptos independientes, se limitaron a pedir la supresión del citado artículo y a solicitar la inclusión de la primera de esas conductas en sede de estafas, sin añadir nada en relación con aquellos incendios de bienes propios de los que se derivase un peligro para edificio, arbolado o plantío ajeno. Supuesto éste que, por tanto, de haber prosperado la enmienda en cuestión habría quedado destipificado.<sup>52</sup>

En segundo lugar hay que destacar que desde el Grupo Parlamentario Socialista las réplicas que hemos visto formularon a las enmiendas 1.011 y 1.026 lo fueron en ambos casos partiendo de una concepción unitaria del precepto que estamos analizando.

Así, en el caso de la enmienda 1.026, el señor Pérez Solano al argumentar en contra de la misma, hemos visto como señaló que no era ninguna extravagancia el mantener en el NCP un precepto como el artículo 556 del VCP, haciendo mención

---

artículo en el que no figuraba todavía la referencia a que se hubieran perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales.

<sup>52</sup> Lo cual habría sido deseable, como ya tendremos ocasión de comprobar en las últimas páginas de este trabajo.

expresa tanto al incendio de bienes propios con el propósito de defraudar o perjudicar a tercero, como al supuesto que exige la presencia de peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno.<sup>53</sup>

En la misma línea, un entendimiento unitario de toda la regulación de los delitos de incendio es el que debió llevar a la señora Del Campo Casasus a manifestar su rechazo a la enmienda número 1.011, relativa, como sabemos, a la inclusión de un supuesto agravado de estafa en función de que ésta derivase del incendio de bienes propios. Así se entiende que dijera, como antes hemos visto, que: "El incendio aquí es el medio comisivo del delito que causa riesgo para terceros"; siendo que, como se desprende de lo dicho desde Coalición Canaria, tal riesgo no se ve en absoluto como inherente a los supuestos en los que lo que se pretende es defraudar a terceros.

Tal riesgo para terceros, por el contrario, sí que es elemento esencial del incendio del artículo 351 NCP (330 en el Proyecto).

---

<sup>53</sup> Es curioso que se dijera que el mantenimiento en el NCP de un precepto similar al artículo 556 VCP no representa ninguna extravagancia. Cuando veamos, como ya he anunciado en la nota anterior, lo deseable que hubiera sido la desaparición de tal precepto, comprobaremos simultáneamente lo extravagante que resulta la regulación vigente de los incendios precisamente por la presencia de estos incendios de bienes propios.

Esta consideración conjunta, en el caso del señor Pérez Solano de los dos supuestos que hemos visto se pueden disociar en el artículo 334 del Proyecto, y en el caso de la señora Del Campo Casasus de toda la regulación de los incendios, es la que seguramente les llevó a entender que sistemáticamente es más correcta la ubicación de este artículo en sede de delitos de riesgo que en sede de delitos de defraudación, rechazando por tanto ambas enmiendas.

Cambiando de cuestión, se debe aludir ahora a la inclusión de la referencia final que presenta el artículo 357 NCP (334 en el Proyecto CP que llegó al Congreso y 349 en el texto que se elevó al Senado). Como se puede apreciar se añade un nuevo supuesto con igual tratamiento penológico que los ya previstos, me estoy refiriendo al incendio de bienes propios del que se derive un perjuicio grave para las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales. Tal adición trae causa directa de la enmienda número 381 presentada en el Senado por el Grupo Socialista, enmienda que fue admitida ya desde el primer momento por la Ponencia nombrada la efecto.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Véanse los Boletines Oficiales de las Cortes Generales siguientes:

Lo sorprendente es que precisamente de la aceptación de tal enmienda, que como se acaba de indicar fue presentada desde las filas socialistas, el Grupo de Coalición Canaria entendió satisfechas las pretensiones que conllevaban las enmiendas comentadas con anterioridad, la 1.011 pidiendo la adicción de un nuevo supuesto de estafa agravada, y la 1.026 solicitando la supresión del artículo que estamos comentando; enmiendas que fueron reproducidas ante el Senado con los números 136 y 144 respectivamente.<sup>55</sup>

Así, en la Comisión de Justicia del Senado, el señor Barbuzano González, en representación del Grupo insular citado, y tras manifestar una vez más la sensibilidad de su Grupo con el tema de los incendios, manifestó que tras la lectura del informe de la Ponencia habían observado que la regulación del incendio de bienes propios con intención defraudatoria se encontraba regulado prácticamente igual en el artículo 349 (357 NCP), dedicado al incendio de bienes propios, que en la consideración que ellos le otorgaban en la enmienda 136 como estafa agravada, razón por la cual

- 
- Senado, de 21 de septiembre de 1995. Serie II. Núm. 87(c), p. 1.790.
  - Senado, de 9 de octubre de 1995. Serie II. Núm. 87(e), p. 1.946.

<sup>55</sup> Véase el BOCG, Senado, de 21 de septiembre de 1995. Serie II. Núm. 87(c), pp. 1.720 y 1.722.

consideraban lógico retirar tal enmienda.<sup>56</sup> En coherencia con esta nueva posición también fue retirada la enmienda 144,<sup>57</sup> pues era la que pedía la supresión de este artículo 349 que ahora parecía satisfacer plenamente a sus, antes, más enconados detractores.<sup>58</sup>

En efecto, si la regulación es prácticamente la misma es lógico no introducir cambios por el mero hecho de hacerlo; pero, a mi personalmente, se me escapa la relación lógica que puede haber entre la introducción del último inciso del artículo 357 NCP y el cambio de naturaleza jurídica de los incendios de bienes propios con intención defraudatoria, hasta ese momento considerados desde Coalición Canaria como

---

<sup>56</sup> Véase el BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, p. 41.

<sup>57</sup> *Ibid.* p. 69.

<sup>58</sup> Hay que recordar aquí que desde Coalición Canaria, los argumentos, algunos de ellos transcritos literalmente en páginas anteriores, que hemos visto esgrimió el señor Olarte Cullén en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, en orden a la naturaleza de estafa de los incendios de bienes propios con intención defraudatoria, fueron reiterados con contundencia en el Pleno; y que en la justificación de las enmiendas 136 y 144 presentadas en el Senado de nuevo se seguían manteniendo con la misma firmeza. Cfr. BOCG. Sesión del Pleno del Congreso de 29 de junio de 1995, núm. 160, pp. 8.512, 8.513 y 8.523. BOCG, Senado, de 21 de septiembre de 1995. Serie II. Núm. 87(c), pp. 1.720 y 1.722.



delitos de estafa y a partir del mismo como auténticos delitos de incendio.<sup>59</sup>

Tras todo lo expuesto en estas páginas hay que resaltar que, finalmente, en el NCP se siguen regulando de forma expresa y autónoma los incendios en bienes propios, y que los supuestos previstos son idénticos a los del artículo 556 VCP, con la adición relativa a que se hubiera perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales. Así pues, en principio nos podrán

---

<sup>59</sup> Tal vez la explicación se pueda encontrar en el ámbito meramente político; fijémonos al respecto en las siguientes manifestaciones del señor Marín Rite del Grupo Socialista, y que fueron realizadas en la Comisión de Justicia del Senado inmediatamente después que desde Coalición Canaria se retirase la enmienda número 136 que, como sabemos, pedía la supresión de los incendios de bienes propios como delitos autónomos:

"En relación con las enmiendas números 136 y ..., del Grupo de Coalición Canaria, la primera ha sido retirada. No obstante, nosotros queremos expresar nuestra comprensión hacia este Grupo, ya que entendemos muy bien esa sensibilidad especial que tienen en relación con los incendios, puesto que en ese Cabildo o Consejo ... se tiene solamente el suelo que se tiene bajo los pies, con lo que se entiende perfectamente esa hipersensibilidad razonable en relación con los incendios." Véase el BOCG. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Justicia. Núm. 226, sesión de 10 de octubre de 1995, pp. 44 y 45.

Desde tales planteamientos es lógico pensar que el mismo problema representa la destrucción de terreno ajeno que la destrucción de terreno propio, razón por la cual, seguramente, desde el Grupo insular se vio de buen grado la adición del último inciso del artículo 357 NCP, pareciéndoles ya de menor importancia la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de otros de los supuestos contenidos en el mismo precepto, que como hemos tenido ocasión de comentar había motivado por su parte la insistente petición de supresión del precepto.

ser útiles los comentarios de la doctrina y de la resoluciones jurisprudenciales en torno a ese artículo 556 VCP, que no obstante deberán ser pasadas por el tamiz de la regulación global de los incendios en el NCP; lo cual, como veremos, llevará a fuertes consideraciones críticas relativas al mantenimiento de tales supuestos como delitos de incendio.

## **9 - Artículo 358 NCP**

En cuanto a la regulación de la imprudencia en los delitos de incendio, el artículo 335 del Proyecto de CP se encargaba de sancionar con una pena de uno a cuatro años de prisión cualquier incendio previsto en las Secciones anteriores, caso de que se provocaran por imprudencia grave.

Esas Secciones se limitaban a tres en el texto inicial del Proyecto, dado que la actual Sección tercera relativa a los incendios en zonas no forestales, vimos en su momento como fue introducida con posterioridad. Resalto este hecho porque de lo contrario, y dado que las penas previstas en el vigente artículo 356 NCP para los incendios de zonas de vegetación no forestal son de seis meses a dos años de prisión y multa, resultaría paradójico que siendo cometidos tales incendios

por imprudencia grave tuvieran mayor pena que si la culpabilidad lo fuera a título de dolo.

En este sentido, la pena que sí figuraba ya en el Proyecto de CP, y que se mantiene en la actualidad para los incendios de bienes propios es de uno a cuatro años; igual por tanto a la que le correspondería de haberse cometido por imprudencia grave. Ante tal despropósito desde el Grupo Socialista en el Congreso se presentó la enmienda número 623 que proponía el texto actualmente vigente.<sup>60</sup> Huelga por tanto decir que tal enmienda fue admitida, y consecuencia de lo cual el principio de proporcionalidad penal puesto a mejor recaudo.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Véase el Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Serie A. Núm. 77-6, p. 266.

<sup>61</sup> Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, de 22 de mayo de 1995. Serie A. Núm. 77-8, p. 468.

### ***Capítulo III***



### **CAPÍTULO III**

#### **LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS DE INCENDIO**

Procede entrar en estos momentos, tras todos los antecedentes analizados, en el comienzo de lo que se puede llamar el núcleo duro de este estudio. En primer lugar quiero efectuar dos precisiones sobre la rúbrica que encabeza estas líneas.

La primera relativa a la íntima relación que normalmente existe entre la determinación, por un lado del bien jurídico protegido por una figura delictiva concreta, y su correlativa consideración como delito de lesión o de peligro. Esta correlación lleva a que de entender una u otra la naturaleza jurídica del delito su objeto de protección pueda variar, supuesto éste en el que, por tanto, la cuestión del orden del análisis de ambas cuestiones (bien jurídico/naturaleza jurídica) cobra una especial trascendencia. Con todo, entiendo que tal relevancia debería quedar mitigada o amortiguada en la práctica; pues, aunque inconscientemente en muchas ocasiones, al tratar de analizar estas cuestiones operamos utilizando la técnica del feed back, de tal modo que la solución a la primera de las cuestiones que nos planteemos

influirá en la solución a la segunda, pero, y he aquí lo importante, esta última de nuevo nos hace replantearnos lo oportuno de la respuesta a la cuestión resuelta en primer lugar, y así sucesivamente hasta que entendamos coherentes ambas conclusiones. Además, en el caso de los delitos de incendio esta implicación mutua de las soluciones a ambas cuestiones es más acentuada, si cabe, que en otras materias, y ello debido al carácter de medio que el fuego representa.

De lo anterior se deriva que, en principio, la opción a favor de comenzar por el estudio del bien jurídico o de la naturaleza jurídica (en este caso de los delitos de incendio), debería ser menos trascendente de lo que inicialmente podía parecer. No obstante, como se puede apreciar, se va a tratar en primer lugar el tema de los bienes jurídicos; opción que no ha sido arbitraria, sino que, además de acentuar el papel del bien jurídico como institución central de cualquier planteamiento penal actual, tiene su justificación en la referencia adjetiva que el modo de ataque (lesión o puesta en peligro) representa, debiendo siempre ir referido a algo, al objeto de protección en el que se materializa el bien jurídico. Por tanto, y sin contradecirme con lo manifestado en las líneas anteriores, las soluciones que se den a las preguntas relativas a cuál o cuáles sean los bienes jurídicos protegidos en los delitos de incendio, y cuál la

naturaleza jurídica de lesión o peligro de los mismos, se van a ver implicadas y condicionadas mutuamente, si bien es necesario comenzar por una aproximación al tema del bien jurídico para tener así el soporte al que ir refiriendo las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica. En aquellas ocasiones en las que se comienza por tratar los problemas relativos a la naturaleza jurídica lo que subyace es la intuición de la respuesta al bien jurídico.<sup>1</sup>

La segunda cuestión es la relativa a la referencia, ya desde el principio, a los bienes jurídicos, en plural, que no al bien jurídico. Lo cual trae causa de la complejidad que se ha podido observar ha encerrado tradicionalmente la regulación penal de los incendios, y que en buena medida

---

<sup>1</sup> Esto no supone en modo alguno negar o restar importancia a la función *exegetica* que tradicionalmente se atribuye al bien jurídico, sino reconocer la circularidad que necesasariamente encierra toda interpretación.

En este sentido se puede entender a Rodríguez Mourullo cuando afirma que:

"No se llega -observa Mantovani- a la individualización del bien ofendido por la vía lógico-racional de la investigación analítica, sino a través de una consideración sumaria de las disposiciones legales: de los elementos típicos, de la rúbrica de los títulos y de los artículos de la ley. No se interpreta la norma, sino que se buscan los síntomas para la diagnosis sucesiva a través de una vía puramente intuitiva". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: La omisión de socorro en el Código Penal, Madrid, 1966, pp. 138 y 139.

Asímimo Cobo del Rosal y Vives Antón manifiestan que:

"De algún modo, al captar el bien jurídico, se interpreta antes de interpretar. Pero esta circularidad es inherente a la tarea hermeneútica. El sentido de un texto solamente puede captarse a partir de sus premisas implícitas... y, a la vez, no se puede acceder a las premisas implícitas si no es a partir del texto". COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. Parte general, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 320.



sigue encerrando; lo que hará que no sólo haya una pluralidad de bienes jurídicos en juego, sino que además éstos varíen de unos delitos de incendio a otros.

## **1 - BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES PROTEGIDOS EN LOS DELITOS DE INCENDIOS: VIDA/INTEGRIDAD FÍSICA Y PROPIEDAD**

El que, por un lado la vida y/o integridad física de las personas, y por otro la propiedad, sean bienes jurídicos que acaban viéndose protegidos de una u otra forma en todos o algunos de los actuales delitos de incendio, creo que es algo que resulta evidente después del análisis de los antecedentes vistos.

### **1.1 - La vida/integridad física de las personas**

Dos observaciones me parece interesante efectuar al respecto. La primera relativa al tratamiento conjunto del bien jurídico vida con el bien jurídico integridad física, lo cual se debe a que, como se puede deducir fácilmente tras todo lo dicho, el contenido de injusto en los incendios respecto de estos bienes es de peligro, no de lesión; lo cual, unido a la naturaleza evolutiva del medio

fuego, lleva a que la progresión que existe entre los perjuicios a la salud (en su vertiente de integridad corporal) y su repercusión en la vida, no se pueda acotar desde los tipos penales que describen las conductas incendiarias, como tampoco va a ser fácil (aunque en alguna medida posible) el deslindarla atendiendo a los casos concretos. Y ello pese a que, como se verá en su momento, el peligro va a ser entendido de una forma "cuasi-material", entendimiento que de asumirse facilita notablemente (al menos a nivel teórico) la proyección del dolo sobre los resultados de peligro (dolo de peligro).

La segunda observación tiene que ver con el hecho de que aludo a la integridad física, y no a la salud, ni a ambas conjuntamente. Lo cual plantea serios problemas al constatar en la práctica que como consecuencia de un incendio las personas pueden verse en peligro, bien por la posibilidad de la incidencia directa de las llamas (o el calor) en sus cuerpos, así como por los traumatismos que se pudieran producir en su huida del fuego, o bien por los efectos tóxicos del humo y demás gases desprendidos en la combustión. Lo cual lleva a pensar a primera vista que, excluido en el caso concreto (si se pudiera) el peligro para la vida, en los primeros supuestos sería la integridad física la que se pondría en peligro, mientras que en el segundo lo sería la salud. Con lo que podría pensarse que estos últimos supuestos no tendrían virtualidad para

integrar los tipos penales de incendio de los que se predique que requieran peligro (de uno u otro tipo) para las personas. Lo cual, de concluir que efectivamente es así, sería muy preocupante, pues parece ser que alrededor del 70 por cien de las muertes que ocasionan los incendios se deben a intoxicación y asfixia.<sup>2</sup>

Pues bien, pese a esta constatación, dada la mención expresa que los artículos 351 y 352 del NCP efectúan a la integridad física, no parece posible sustituirla sin más por la referencia a la salud como bien jurídico protegido.

El contenido que demos al concepto de integridad física (o corporal) en sede de delitos de incendio, tiene que ser coherente con el tratamiento que el mismo ha recibido en sede de delitos de lesiones. Pues bien, tal concepto se encuentra íntimamente relacionado con el de salud; así, aunque tradicionalmente se había considerado a la integridad física como el bien jurídico protegido por los delitos de lesiones,<sup>3</sup> Berdugo señala cómo desde los años sesenta se viene experimentando una evolución en la doctrina en orden a considerar en tales delitos la existencia de un doble bien jurídico:

---

<sup>2</sup> Vid. FUNDACIÓN MAFRE: Manual de Seguridad contra Incendios, Madrid, 1997, p. 12. El 30 por 100 restante se distribuiría del siguiente modo: un 20 por 100 de las muertes se deberían a las quemaduras, y el 10 por 100 restante a caídas y otras causas.

<sup>3</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones, Salamanca, 1982, p. 15.

"...la integridad corporal y la salud", refiriendo el primero a la sustancia corporal -se le ataca cuando se produce una disminución en la misma- y el segundo a la ausencia de enfermedad ya sea física o psíquica".<sup>4</sup>

Junto con esta posición doctrinal, otros autores entendieron que el bien jurídico era único, y que éste se cifraba en la salud de las personas. Salud que englobaba las vertientes física y psíquica, y que, en lo que ahora más nos interesa, respecto de la vertiente física posibilita que abarque tanto los menoscabos de la integridad corporal como las enfermedades físicas.<sup>5</sup> Este entendimiento unitario del bien jurídico tutelado por los delitos de lesiones lo mantiene posteriormente Berdugo, encontrando buena acogida en la doctrina;<sup>6</sup> si bien, sigue

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 16.

En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 160.

Esta consideración de dos bienes distintos lleva a favorecer la identificación de la salud exclusivamente como ausencia de enfermedad:

"Lo contrario de la salud es la enfermedad; lo opuesto a la integridad personal es la falta de algún miembro u órgano corporal". RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª. y SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal Español, Parte Especial, 18ª ed., op. cit., p. 132.

<sup>5</sup> Cfr. DEL ROSAL, J., COBO, M., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1962, pp. 407 y ss., en especial p. 411, donde expresamente aluden a la posibilidad de causar padecimientos y enfermedades mediante violencia física.

<sup>6</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Barcelona, 1986, pp. 69 y 70; CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en AAVV: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., p. 121; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 11ª ed., Valencia, 1996, p. 97; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "La reforma del consentimiento en las lesiones", en Comentarios

hablando de integridad corporal y de salud, sólo que acentúa la relación de subordinación de tal integridad frente al más amplio concepto de salud.<sup>7</sup> Tal relación de subordinación es la que permite diferenciar su posición de la dualista antes vista.<sup>8</sup>

Pues bien, desde la reforma operada en junio de 1989, en la regulación de los delitos de lesiones se alude expresamente a la integridad física y a la salud, lo cual lleva a aplaudir la concepción que previamente, y de forma minoritaria, defendieron Del Rosal, Cobo y Mourullo;<sup>9</sup> si bien, desde la defensa de la salud como bien jurídico unitario que defendían estos autores, no era necesario que se hiciera mención a la integridad física junto con la salud;<sup>10</sup> aunque seguramente debido a la tradición anterior

---

a la legislación penal, T. V, Vol. 2º, EDESA, Madrid, 1985, p. 944.

<sup>7</sup> En este sentido manifiesta expresamente que:

"... el mantenimiento de la totalidad de la sustancia corporal y la ausencia de enfermedad no son sino aspectos del bien jurídico más amplio que es la salud personal, no son dos bienes jurídicos distintos sino facetas o aspectos de un bien jurídico único". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones, op. cit., p. 24.

<sup>8</sup> Lo cual le permitirá llegar a coherentes conclusiones en sede de concurso de delitos cuando se afecte tanto la integridad corporal como la salud, y de tipicidad o no como lesiones de determinadas actuaciones curativas. Cfr. *Ibid.*, pp. 19 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. BOIX REIG, J., en BOIX/ORTS/VIVES: La reforma penal de 1989, op. cit., p. 97.

<sup>10</sup> Así estos autores consideran que:

"... todo daño causado en el cuerpo o en la mente constituye, dígame lo que se quiera, un ataque al derecho que tiene la persona a permanecer *incólume*, íntegra, es

que cifraba en la integridad corporal el bien jurídico protegido en las lesiones, y a las continuas referencias que para superar tal entendimiento se efectuaban en la doctrina a tal integridad para integrarla como una faceta de la salud y a ella subordinada, el legislador optó por introducir esta doble formula, y seguramente lo hizo bajo la convicción de que lo abunda no daña.<sup>11</sup> En todo caso, parece que esta doble referencia no es obstáculo para

---

decir, a que no se menoscabe, en forma alguna, su salud, si este término es el que se prefiere"; por esto consideran acertado hablar solamente de: "menoscabo en la salud del sujeto pasivo". DEL ROSAL, J., COBO, M., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra las personas, op. cit., pp. 410 y 411.

<sup>11</sup> Algún autor, incluso, ha considerado oportuna la referencia a la integridad física junto a la salud, pese a entender a la primera subordinada a la segunda, basándose en que:

"... la mención a la integridad ayuda, por una parte, a comprender mejor ciertas modalidades lesivas (esterilización no traumática, deformidad relevante por el papel social de quien la sufre más que por su trascendencia en sí) y, por otra, a entender el concepto de "salud" como no exclusiva o estrictamente ligado a la idea de ausencia de "enfermedad".

Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "La reforma del consentimiento en las lesiones", op. cit., p. 944.

También Díez Ripollés considera que el doble concepto de integridad y salud personales representa la formulación más adecuada del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, señalando que:

"... el problema no reside en encontrar un concepto único de bien jurídico, sino en ser conscientes de que la afirmación de que se ha producido un efecto que lesiona aquél es siempre una cuestión relativa, que precisa en todo momento de una ponderación global de la situación en la que se coordinen ambos aspectos del objeto de protección".

No obstante, en nota a pie de página, se encarga de aclarar que la pluralidad de términos no implica, si se entiende en el sentido relativo que se acaba de apuntar, pluralidad de bienes jurídicos. Vid. DIEZ RIPOLLES, J.L.: Los delitos de lesiones, Valencia, 1997, pp. 25, 26 y 27.

seguir manteniendo la unidad del bien jurídico protegido en las lesiones.<sup>12</sup>

Pues bien, aunque efectivamente en sede de lesiones ello sea así, el problema surge cuando en otras sedes, como es el caso de los incendios en el NCP, se habla exclusivamente de integridad física, dado que entonces da la sensación de que se está conscientemente excluyendo del ámbito de protección de tales delitos aquellos atentados que afectando a la salud no lo hacen a través de ataques a la integridad física.

No obstante existen una serie de argumentos que pueden permitirnos entender que pese a la referencia exclusiva a la integridad física en algunos tipos de incendio, la misma abarcaría también los supuestos de enfermedad física; es decir, cualquier atentado a la salud física.

El primer argumento sería la naturaleza "accesoria",<sup>13</sup> que ya se ha indicado, de la referencia a la integridad

---

<sup>12</sup> Expresamente en este sentido se pronuncia Tamarit Sumalla; el cual, tras sumarse a la posición antes vista de Berdugo, en orden a considerar que la tutela del mantenimiento de la totalidad de la sustancia corporal y la ausencia de enfermedad no son sino facetas o aspectos de un bien jurídico único, entiende que:

"Tales conclusiones ... no quedan desvirtuadas por el hecho que, tras las modificaciones introducidas por la reforma de 21 de junio de 1989, el tipo básico (art. 420 C.P.) se realice con el hecho de lesionar a otro en "su integridad corporal o su salud física o mental"".

Vid. TAMARIT SUMALLA, J.Mª: La reforma de los delitos de lesiones. (Análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989), Barcelona, 1990, p. 29.

física junto a la salud en sede de lesiones. Referencia que al considerarla accesoria podemos obviarla, facilitando de este modo entender las menciones aisladas en otros preceptos a la integridad física como alusiones a la salud en su vertiente exclusivamente física.

Como segundo argumento, y más importante, tenemos las referencias que la Constitución efectúa a la integridad física y moral en su artículo 15. Así, Rodríguez Mourullo, tras analizar las razones de la adición del adjetivo "moral" a la integridad física, que era la única que aparecía recogida en el anteproyecto de la Constitución, concluye que con la alusión del artículo 15 de la CE a la integridad "física" y "moral", lo que se quiere es garantizar la "integridad personal".<sup>14</sup> Lo que obliga, a

---

<sup>13</sup> Para entender que la salud es algo más que la mera ausencia de enfermedad no es necesario, aunque pueda ser indicativo, la referencia conjunta a la integridad física y a la salud. Así, quienes como Berdugo, Octavio de Toledo y Díez Ripolles, como se ha visto, ven con buenos ojos la doble referencia aludida, lo hacen valorando el aspecto reforzador (y por tanto no esencial sino accesorio) para un entendimiento amplio de la salud que la referencia a la integridad corporal representa, y que conduce a entenderla más allá de la mera ausencia de enfermedad; de hecho, todos ellos consideran que el bien jurídico es unitario. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones, op. cit., p. 21; DIEZ RIPOLLES, J.L.: Los delitos de lesiones, op. cit., p. 25; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "La reforma del consentimiento en las lesiones", op. cit., p. 944.

<sup>14</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Derecho a la vida y a la integridad personal", en Comentarios a la legislación penal, T. I, EDESA, Madrid, 1982, pp. 81 y 82.

No obstante, el propio Rodríguez Mourullo señala que si bien la expresión "integridad física" decía menos de lo que los parlamentarios constituyentes querían decir, la referencia conjunta a la "integridad física y moral", pasó a decir más de lo que se quería, enlazando con el principio de dignidad de la



juicio de Boix, a profundizar tanto en la vertiente física como psíquica de la salud sin la menor limitación.<sup>15</sup> En definitiva, las relaciones entre los conceptos de integridad y de salud, no estando del todo definidas, parece claro que son muy estrechas; lo que permite dar la razón a Diez Ripollés cuando afirma que pese a que la terminología constitucional (integridad física y moral - artículo 15 CE-) no coincida con la penal (integridad corporal o salud física o mental -artículo 147.1 NCP-), no se deben sacar conclusiones precipitadas:

"El concepto de integridad debe conceptuarse de un modo amplio, abarcador de la salud".<sup>16</sup>

---

persona. Si bien señala que, como tal principio y los derechos que de él derivan encuentran acomodo en el artículo 10 de la propia Constitución, a la expresión "integridad moral" hay que darle una interpretación más limitada. *Ibid.* pp. 80 y 81.

Precisamente, un sector de la doctrina, ha acudido, bien de *lege data*, bien de *lege ferenda*, a un entendimiento amplio de la incolumidad personal como bien jurídico protegido en las lesiones, en el que acaban incluyéndose aspectos más directamente relacionados con la dignidad de la persona que con la salud, y que guardaba relación con la problemática de la naturaleza de la falta de malos tratos. *Vid.* BERISTAIN IPIÑA, A.: "Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Penal español y comparado", en Revista General de legislación y jurisprudencia, 1971, pp. 214 y ss.; y más recientemente TAMARIT SUMALLA, J.Mª: La reforma de los delitos de lesiones, op. cit., pp. 27 y ss.; del mismo, en AAVV: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., bajo la dirección de Quintero Olivares, Pamplona, 1999, pp. 82 y 83.

<sup>15</sup> *Vid.* BOIX REIG, J., en BOIX/ORTS/VIVES: La reforma penal de 1989, op. cit., p. 97.

<sup>16</sup> *Vid.* DIEZ RIPOLLES, J.L.: Los delitos de lesiones, op. cit., p. 34. Y eso que, como se ha visto previamente, se pronuncia a favor de utilizar las dos expresiones -integridad y salud- para mejor conceptualizar el bien jurídico protegido en las lesiones.

El tercer argumento, que sirve para corroborar la conclusión a la que se ha llegado en el segundo, sería la falta de rigor con la que el legislador del NCP ha utilizado estos términos. Tan sólo observando el Título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, y al margen de los incendios, nos daremos cuenta de inmediato de la arbitrariedad con la que se emplean.

Así, en sede de delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes se habla de: vida o salud (artículos 341 y 342), vida, integridad, o salud (artículo 343); en sede de delitos de estragos, y dentro de un mismo artículo (346), se habla primero de peligro para la vida o integridad de las personas, para a continuación refiriéndose a la eventualidad de la materialización de ese peligro en lesión aludir a la vida, integridad física o salud; en sede de delitos contra la salud pública se habla de vida o salud (artículo 362), sólo de salud (artículos 363, 364, 365 y 368, no mencionándose la vida pese a que en los dos últimos artículos citados se alude a un peligro grave para la salud); y en sede de delitos contra la seguridad del tráfico se habla de vida o integridad física (artículo 381).

Dos observaciones sumamente interesantes pueden efectuarse al respecto. La primera esta en relación con los delitos de estragos, en los que como se ha señalado, se habla de peligro para la vida o integridad de las personas, para a continuación, referirse a la eventual materialización de tal peligro como lesión de la vida, integridad física o salud de las personas; lo que lleva, en

un análisis meramente lógico, y dado que no puede haber lesión donde no había peligro, a identificar "integridad" con "integridad física y salud", y en definitiva, a confirmar la posibilidad de interpretar el término integridad como abarcador de la salud.<sup>17</sup> La segunda observación pretende poner de manifiesto cómo, dentro de esta arbitrariedad terminológica, se puede apreciar que en los delitos contra la salud pública donde los medios comisivos se refieren de forma genérica al suministro o manipulación de sustancias o productos, las alusiones se centran en el término salud (y ello al margen de que conjuntamente se aluda o no a la vida); mientras que cuando se trata de delitos que se cometen por medios que podemos denominar "violentos", las alusiones se centran en la integridad física; así sucede con los estragos y con los delitos contra la seguridad del tráfico, siendo esto mismo precisamente lo que ocurre con los incendios, donde lo que inicialmente nos viene a la mente es el medio destructor fuego, olvidándonos en un primer momento de las dañinas consecuencias que pueden reportar los derivados del mismo, léase humo y gases tóxicos. En relación con estas observaciones es sumamente interesante poner de manifiesto

---

<sup>17</sup> En este sentido se puede acudir también a la dicción literal del artículo 266 NCP, que refiriéndose al incendio como medio para causar daños en determinados bienes, lo asimila a cualquier otro medio capaz de causar graves estragos, y también a cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o integridad de las personas, no adjetivando tal integridad.

que, cuando antes se ha dicho que tradicionalmente se había entendido la integridad física como el bien jurídico tutelado en los delitos de lesiones, tal entendimiento lo atribuía Berdugo al:

"...concepto mecanicista y decimonónico de lesión, de realización exclusivamente a través de medios violentos, y que se corresponde con la interpretación que reduce las vías de comisión de este delito al "hirió, golpeó o maltrató" del vigente (hasta 1989) artículo 420".<sup>18</sup>

A estos argumentos cabe añadir otros en sede específica de delitos de incendio. Por una lado cabe atender a la regulación histórica de los mismos, donde el peligro para las personas se deducía del lugar donde prendía o podía propagarse el fuego,<sup>19</sup> peligro que por tanto, al no distinguir, abarcaba tanto el derivado de las llamas como el de los humos y gases. Y como vimos al tratar de la tramitación parlamentaria de los incendios en el NCP, todos esos preceptos del VCP que aludían al incendio de edificios habitados o con posibilidad de estarlo y a los incendios en poblado, con el NCP podrían encontrar acomodo en el tipo

---

<sup>18</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones, op. cit., p. 15. El paréntesis es añadido.

<sup>19</sup> Vid. *supra* las reiteradas referencias al peligro para las personas que se efectúan en el Capítulo I.

del artículo 351, en el que se habla precisamente de peligro para la vida o integridad física.<sup>20</sup>

Cabe acudir también, como otro argumento vinculado directamente con los delitos de incendio, a la dicción literal del artículo 266 NCP, que refiriéndose al incendio como medio para causar daños en determinados bienes, lo asimila a cualquier otro medio capaz de causar graves estragos, y también a cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o integridad de las personas, no adjetivando tal integridad.

Y, por último, si volvemos la vista sobre la tramitación parlamentaria de los delitos de incendio contenidos en el NCP, observaremos las muy distintas agrupaciones que, bien en el articulado del Proyecto o bien en las enmiendas que se presentaron al mismo y en sus justificaciones y discusiones, se hicieron de los términos: vida, integridad, integridad física y salud. Agrupaciones de las que no se justificaba el porqué, excepto en una enmienda *in voce*, en la que teniendo por objeto la supresión de la referencia que el artículo 330 del Proyecto efectuaba a la

---

<sup>20</sup> Vid. *supra* epígrafe II.1. Así, se puede apreciar como los artículos 547 (excepto el inciso final de su número primero, referido al incendio de "archivo o museo general del Estado"), 548, 549.2ª y 550 del VCP, permitían entender (al margen de la distorsión que supone la referencia a determinadas cuantías en algunos de ellos) que en ellos se protegía, entre otros posibles bienes jurídicos, la vida y salud de las personas frente al peligro que para las mismas derivaba, bien de haberse incendiado un edificio habitado o con posibilidades de estarlo, o bien por ser el incendio en poblado.

salud de las personas, se argumentó expresamente que bastaba la referencia a la vida o integridad física por ser esta fórmula omnicomprensiva de todos los aspectos de la persona. Tal enmienda fue aprobada, y de ahí la redacción del vigente artículo 351, cuyo equivalente en el Proyecto era, como ya se sabe el citado artículo 330.<sup>21</sup>

En todo caso, y aunque se llegara a entender que cuando la salud que no se vea afectada como consecuencia de un atentado a la integridad física no encontraría tutela en los delitos de incendio, el problema en la práctica se daría en muy contadas ocasiones, por no decir casi nunca. Conviene no olvidar lo que se dijo al principio de este epígrafe en relación con la dificultad que existe para aseverar que de un incendio se derive un resultado de peligro para la salud que no lo sea para la vida. A lo que cabría añadir que, incluso entre los casos en los que se pudiera discriminar la existencia de un peligro exclusivo para la salud, todavía podrían encontrar acogida en sede de incendios aquellos supuestos en los que esos mismos humos y gases tóxicos (que en principio no podrían menoscabar la integridad física), debido a las elevadas temperaturas que les suelen acompañar y visto el conjunto de las

---

<sup>21</sup> También otra enmienda *in voce* permitió adicionar el adjetivo física a integridad, y así unificar la redacción con la del artículo 330 del Proyecto tras la aprobación de la enmienda anteriormente citada. *Vid. supra* epígrafe II.1.

circunstancias que rodeen el hecho,<sup>22</sup> pudieran ocasionar quemaduras a las personas relativamente próximas; lo que de producirse podría encontrar acomodo dentro de los menoscabos a la integridad física entendida en sentido estricto.

En todo caso la salud psíquica no encontraría cabida para su protección en los delitos de incendio. Y tal vez esta exclusión sea una de las clave del porqué de la alusión exclusiva en los correspondientes tipos de incendio a la integridad física y no a la salud.

## **1.2 - La propiedad**

Que la propiedad es uno de los bienes jurídicos protegidos por los delitos de incendio resulta incuestionable, por eso, tras todas las referencias que al respecto se han ido efectuando en los Capítulos anteriores, no se van a dedicar demasiadas páginas a justificarlo.

---

<sup>22</sup> Respecto de la capacidad para transmitir el calor a través de la convección de los gases calientes generados en una combustión, y con capacidad para generar fuego a distancia, vid. PHILLIPPS, C. y McFADDEN, D.: Investigación del origen y causas de los incendios, MAFRE, Madrid, 1984, p. 27. LUIS TURÉGANO, J.V.: Manual de incendios forestales. Actuaciones policiales e investigación, Valencia, 1997, p. 58. FUNDACIÓN MAFRE: Manual de Seguridad contra Incendios, op. cit., pp. 51 y ss., en especial p. 56, donde expresamente se manifiesta que:

"La exposición al aire caliente puede causar directamente deshidratación, agotamiento, bloqueo de las vías respiratorias y quemaduras".

Cuestión distinta es la relevancia de dicho bien jurídico en el conjunto de los que estas figuras delictivas acaban protegiendo.

En principio, y si atendemos a la que ha sido la ubicación sistemática de los delitos de incendio desde la codificación, deberíamos pensar en la preponderancia de la propiedad frente al resto de bienes que se protejan. Los delitos de incendio, desde el Código de 1822 y hasta la entrada en vigor del Código actualmente vigente, se han visto ubicados dentro del conjunto de infracciones cuyas rúbricas decían proteger el patrimonio y/o la propiedad; con dos excepciones, la primera (excepción sólo a medias) en relación con el Código de 1822, y ello en tanto que además de regular algunos incendios dentro de los "delitos contra la propiedad de los particulares", también incluía figuras incendiarias en otras dos sedes, dentro de los "delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público", y dentro de los "delitos contra las personas".<sup>23</sup> En cuanto a los incendios regulados en sede de "delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público", conviene señalar algunas persistencias. Me estoy refiriendo al artículo 135 bis e) VCP ubicado dentro de los "delitos

---

<sup>23</sup> *Vid. supra* epígrafe I.3.1.



relativos a la defensa nacional", que, curiosamente, en el NCP encuentran parangón con los artículos 265 y 266, en sede de delitos de daños. Parece, pues, como si diera lo mismo una ubicación que la otra.

La segunda excepción, ésta aparentemente de más enjundia, es la que constituyó la regulación de los delitos de incendio en el Código de 1928, en el que pese a hacerse mención a la modalidad del incendio a la hora de regular los delitos de daños, el grueso de la regulación de los delitos que nos ocupan se encontraba en sede de "delitos contra la seguridad colectiva".<sup>24</sup> Pues bien, tras los comentarios que se vertieron en el primer Capítulo de este trabajo al exponer la regulación que de los delitos de incendio se contenía en aquel Código, y prestando especial atención en estos momentos a las palabras que se transcribieron de Jaramillo, en las que nos decía que pese a habérseles dado nueva forma seguían reguladas todas las figuras incendiarias del Código de 1870,<sup>25</sup> la excepción pierde fuerza en orden a la determinación del bien jurídico preponderante; lo cual se ve agravado si también recordamos que hasta el último momento de la tramitación del citado

---

<sup>24</sup> Vid. *supra* epígrafe I.7.

<sup>25</sup> Vid. JARAMILLO GARCÍA, A.: Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870, vol. II, op. cit., p. 247.

Código el grueso de los delitos de incendio se encontraron ubicados en sede de "delitos contra la propiedad".<sup>26</sup>

Así las cosas, por un lado podemos afirmar que los delitos de incendio prácticamente siempre han estado regulados en sede de delitos contra la propiedad, pero a la vez también hemos de ser plenamente conscientes que el valor indiciario que se suele otorgar a las rúbricas de Títulos y Capítulos en orden a la concreción del bien o bienes jurídicos que pretendan proteger las figuras delictivas bajo ellos ubicadas, en esta ocasión se encuentra bastante debilitado. Así, no deben sorprendernos las siguientes palabras de Quintano:

"Extraordinariamente rico en complicaciones de todo orden es el delito de incendio, en el que tantos, y de calidad tan diversa, son los intereses jurídicamente protegidos que en él se vulneran. Seguramente que entre ellos el menos trascendente de todos, en la inmensa mayoría de los casos, es precisamente el patrimonial, no obstante lo cual éste es el que, con notoria impropiedad, determina su inclusión en el Título XIII".<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Vid. *supra* epígrafe I.7.3, en nota a pie de página.

<sup>27</sup> QUINTANO RIPOLLES, A.: Comentarios al Código penal, 2ª ed., Madrid, 1966, p. 1.309.

En el mismo sentido Puig Peña nos dice expresamente que en los delitos de incendio los bienes materiales sólo se protegen en último término. Vid. PUIG PEÑA, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 7ª ed., Madrid, 1988, p. 655.

También a un segundo plano relega Polaino a la propiedad como bien jurídico protegido por los delitos de incendio. Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: "Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987 ...", *op. cit.*, p. 293.

En todo caso, aunque la ubicación tradicional que han tenido los incendios no nos permita aseverar que la propiedad era el principal de los bienes jurídicos a los que respondía la regulación de los mismos, sí que parece que en mayor o menor medida se veía afectada por estos. Y es que, lo que no se puede negar es la necesidad del daño material que acompaña a todo incendio. La presencia de algún daño será inevitable incluso de admitir para estos delitos la versión menos exigente de la teoría de la consumación anticipada, versión que tan sólo exige para entender consumado un incendio que se aplique el fuego al objeto material que se pretenda destruir comenzando la combustión del mismo. Con mayor razón los daños deberán estar siempre presentes si además se exige que el fuego haya prendido en el objeto a destruir de forma que pueda continuar autónomamente, o bien que en alguna medida exista el peligro de propagación de ese fuego.<sup>28</sup>

Se comprenden así mejor las siguientes palabras de Rodríguez Devesa:

"Las relaciones entre el delito de incendios y el de daños son patentes. En primer lugar ... para que el

---

<sup>28</sup> Una exposición de las diversas teorías de la consumación en los delitos de incendio la encontramos en POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio ..., op. cit., pp. 54 a 69.

delito se consume es precisa la causación mediante el incendio de un daño, aun cuando sea insignificante".<sup>29</sup>

Esta constatación de la producción de daños por los incendios se encuentra en la base de la ubicación sistemática que tradicionalmente han tenido estos delitos en nuestro ordenamiento penal.

Pues bien, siendo ello así, el que en el NCP no sólo hayan salido los incendios del ámbito de los delitos contra la propiedad, sino que además la regulación de los mismos haya cambiado, no podrá ser obstáculo alguno para que todo incendio siga ocasionando necesariamente unos daños, por mínimos que sean.

Meridianamente claro se muestra al respecto Muñoz Conde, quien, refiriéndose ya a la actual regulación de los delitos de incendio, y tras dejar constancia del cambio de ubicación sistemática experimentado por los mismos, nos dice que:

"... el incendio siempre comporta la destrucción o deterioro de una cosa mediante el fuego, por lo que independientemente del peligro que suponga para determinados bienes jurídicos individuales o colectivos, hay siempre en su dinámica un resultado de

---

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>. y SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal Español, Parte Especial, 18<sup>a</sup> ed., op. cit., p. 392.

combustión de un objeto mediante el fuego que es necesario para su consumación".<sup>30</sup>

Así pues, no cabe duda de que la propiedad sigue siendo un bien jurídico protegido por los delitos de incendios, dado que para estar en presencia de cualquiera de las figuras típicas de estos delitos primero es necesario que se dé un incendio. Cuando el mismo lo que destruya sean bienes ajenos la cuestión es clara;<sup>31</sup> pero incluso cuando el incendio sólo dañe bienes propios podrá verse implicado también el bien jurídico propiedad, y ello en tanto que el supuesto encaje dentro del artículo 357 NCP, regulador del incendio de bienes propios, uno de cuyos tipos atiende al

---

<sup>30</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 590.

<sup>31</sup> Tales daños, en principio, se deberán entender consumidos en el correspondiente delito de incendio. Así lo manifiesta expresamente González Rus, en referencia al artículo 351 NCP, tras constatar lo que ya sabemos:

"... la destrucción de la propiedad ajena constituye un elemento consustancial al delito (de incendio sobre bienes ajenos, se entiende) absolutamente inseparable de él, y ... aunque los incendios se orienten a sancionar el peligro para bienes personales, la lesión de la propiedad ajena necesariamente forma parte del injusto castigado en ellos, por lo que sancionar separadamente lo que constituye parte esencial de un delito resultaría contrario al *ne bis in idem*. Así lo confirma la importancia de la pena y el reconocimiento expreso del propio artículo 263, que considera daños los que se causen en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos del Código". GONZÁLEZ RUS, J.J., en AAVV: Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid, 1997, p. 119, el paréntesis es añadido.

Vid. también al respecto de la cuestión de la consunción de los daños dentro de los delitos de incendio BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho penal, Parte Especial, 2ª ed., Barcelona, 1991, p. 244.

peligro para determinadas propiedades ajenas, siendo tal peligro el principal motivo de su tipificación.<sup>32</sup>

## **2 - LA SEGURIDAD COLECTIVA**

### **2.1.- La rúbrica: Delitos contra la seguridad colectiva.**

Atendiendo a viejas reivindicaciones, el legislador de 1995 ha optado por incluir los delitos de incendio dentro del Título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva. Se entronca de esta forma con el Código penal de 1928 y con los Proyectos y Propuestas de Código penal que desde 1980 se han venido sucediendo.

Pues bien, aunque el anterior Código incluyera los incendios entre los delitos contra la propiedad, eran mayoritarias las voces de doctrina y jurisprudencia, en el sentido de destacar el ataque contra la seguridad colectiva que tales conductas implicaban de suyo.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 12ª ed., op. cit., p. 590.

<sup>33</sup> Vid. por todos POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio ..., op. cit., p. 33.

Tales manifestaciones, como no podía ser de otra forma, se ratifican a raíz de la nueva regulación, que parece expresamente darles la razón al haberlas incluido dentro del Título con aquella rúbrica.<sup>34</sup>

No obstante, esta aparente unanimidad no encierra sino una primera aproximación al nuclear tema que nos ocupa. Tras cada alusión a la seguridad colectiva como bien jurídico protegido por los delitos de incendio se suceden matizaciones y referencias a los bienes jurídicos individuales que mediatamente se pretenden proteger. Aquí nos encontramos ya con un punto de intersección entre la solución que demos al tema de los bienes jurídicos y al de la naturaleza jurídica.

Pero intentemos, antes que nada, ver qué es eso de la seguridad colectiva. La dificultad de una tal empresa se vislumbra con sólo una mirada a las rúbricas de los Capítulos que integran el Título XVII, a saber: delitos de riesgo catastrófico, incendios, delitos contra la salud pública y delitos contra la seguridad del tráfico. Extraer un concepto de seguridad colectiva extrapolando lo que de común tengan los distintos tipos delictivos que bajo tal

---

<sup>34</sup> Vid. SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.: Los delitos de incendio, Granada, 2000, pp. 8 y ss.

rúbrica encuentran encaje se presenta, pues, hartamente complicado.<sup>35</sup>

Complicado, pero en teoría posible si nos atenemos, por un lado a la común ubicación sistemática que los delitos de incendio han encontrado tanto en los PCP de 1980 y 1992 como en el NCP, dentro del Título que cada uno de ellos dedica a la seguridad colectiva, y por otro a las Exposiciones de Motivos de los citados Proyectos de 1980 y 1992; que no a la del NCP, que por excesivamente breve en comparación con las otras dos, no menciona muchas novedades introducidas, entre ellas las que se operan en el citado Título, no siendo por ello obstáculo, entiendo, para considerar aplicables al NCP las palabras que a la cuestión que nos ocupa dedican las Exposiciones de Motivos de los Proyectos citados, y que a continuación expongo.<sup>36</sup>

Pues bien, la Exposición de Motivos del PCP de 1980, tras aludir a una concepción material de delito, como

---

<sup>35</sup> Polaino Navarrete, comentando el Proyecto de Código penal de 1980, señala que la pluralidad de tipos que se contienen bajo la rúbrica genérica de delitos contra la seguridad colectiva, "revelan una básica imprecisión conceptual de carácter sustantivo". Vid. Polaino Navarrete, M., Delitos de incendio en el ordenamiento penal español, ob. cit., p. 120.

Señalar que en el Proyecto de 1980 los delitos sobre infracciones de leyes sobre inhumaciones y traslados de restos cadavéricos también encontraban acomodo bajo la rúbrica de los delitos que atentaban contra la seguridad colectiva.

<sup>36</sup> No debe olvidarse en este sentido la referencia que la Exposición de Motivos del NCP hace a la influencia que en el mismo han tenido los trabajos parlamentarios que en su día se llevaron a cabo sobre el Proyecto de 1992.



lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos, señala a estos últimos como pauta clasificadora, añadiendo que: "Los delitos en particular se sistematizan en atención a la jerarquía y complejidad del bien que lesionan: individuales, colectivos, estatales y pertenecientes a la comunidad internacional." Por lo tanto, la inclusión de los incendios bajo el Título VII del Libro II del PCP de 1980: "Delitos contra la seguridad colectiva", debemos entenderla como claramente indicativa del bien jurídico colectivo que se pretende proteger con la tipificación de tales conductas incendiarias.<sup>37</sup>

En la misma línea, pero ahora expresamente aludiendo a los delitos que nos ocupan, la Exposición de Motivos del PCP de 1992 nos dice refiriéndose al Título XIV de su libro II, que bajo la rúbrica: "De los delitos contra la seguridad colectiva", se reúnen una serie de infracciones cuyo: "denominador común a todas ellas, y eso es lo que explica su reunión en un mismo título, es que el bien jurídico protegido está integrado esencialmente por la seguridad general sin perjuicio de que pueda, en alguna infracción, concurrir la tutela de otros intereses"; para un poco más adelante, tras recordarnos que la naturaleza

---

<sup>37</sup> Siendo coherentes, debería ser posible encontrar un contenido material (al menos a nivel de "peligro efectivo") en todo bien jurídico, cualquiera que fuera la categoría en la que lo clasificásemos. *Vid. infra* epígrafes IV.1 y IV.5.1.

del bien jurídico es metodológicamente imprescindible para la interpretación y aplicación de los preceptos penales, poner como ejemplo los delitos de incendio para resaltar que: "el Título que se formula se desliga totalmente de los delitos contra la seguridad individual y contra la propiedad,..."

Parece, pues, que el legislador lo tiene muy claro, la seguridad colectiva, o general,<sup>38</sup> que como hemos visto de las dos formas denomina, es el "principal" bien jurídico que se pretende proteger en los delitos de incendio.

Sin embargo, los problemas comienzan cuando intentamos dotar de contenido a tales conceptos, y más cuando se pretende que, sea lo que sea la seguridad colectiva, realice la función de denominador común a todas las

---

<sup>38</sup> En el VCP, el Capítulo II del Título V del Libro II, se veía encabezado por la rúbrica: "De los delitos de riesgo en general"; donde se encontraban ubicados el grueso de los delitos que hoy aparecen dentro del título dedicado a los ataques a la seguridad colectiva. Tal denominación, al aludir al riesgo en general, no parece muy acertada, pues no se trataba de regular bajo tal rúbrica todos los delitos de peligro, sino sólo aquellos cuyo peligro afecta directamente a la comunidad, a la generalidad de sus miembros; de ahí que también se les denomine delitos de peligro común. Vid. MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 10ª ed., Valencia, 1995, pp. 482 y 483.

Esencial será la característica de ir referido el peligro a un número indeterminado de personas para que se pueda acudir a la denominación de peligro común (o general). Vid. TAMARIT SUMALLA, J.Mª., en AAVV: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., op. cit., pp. 1077 y 1078. In extenso sobre la relevancia de la indeterminación del peligro en la configuración de los delitos de peligro común o general: DOVAL PAIS A.: Delitos de Fraude Alimentario. Análisis de sus Elementos Esenciales, Pamplona, 1996, pp. 289 y ss.

conductas bajo tal rúbrica ubicadas, como expresamente mantiene la última de las Exposiciones de Motivos reseñada.

Si acudimos a la doctrina, las menciones a la seguridad colectiva como bien jurídico son numerosas, pero pocas las definiciones que se dan de la misma, y cuando se dan, son del siguiente tenor:

- "...el mantenimiento de la inmunidad de la colectividad en general, protegiéndola de ataques que pueden ser devastadores:..."<sup>39</sup>

- La garantía de la evitación de daños de dimensión supraindividual, incriminándose por tanto, conductas que ponen en peligro bienes eminentemente colectivos, ya sea por su propia dimensión cualitativa, ya por el número indefinido de personas afectadas.<sup>40</sup>

- "Complejo de condiciones garantizadas por el orden jurídico que aseguran la vida, la integridad corporal, el bienestar y la propiedad considerados como bienes de todos."<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español, Parte Especial, 3ª ed. conforme al Código penal de 1995, Delitos contra los intereses individuales y colectivos, Barcelona, 1996, p. 682. Señalar que este autor utiliza la expresión seguridad pública en lugar de la de seguridad colectiva.

<sup>40</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 572.

<sup>41</sup> PUIG PEÑA, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, 7ª ed., Madrid, 1988, p. 655. Esta definición parece claramente inspirada en la noción que Manzini da de la incolumidad pública, y que tendremos ocasión de comentar más adelante. Cfr. Manzini,

- Presupuestos objetivos que tratan de controlar ciertos riesgos, evitando que se incremente la probabilidad de que resulten lesionados los intereses subyacentes, y que por tanto evitan un peligro para los mismos, así como el menoscabo de la expectativa de los ciudadanos de que algunas actividades peligrosas no acaben lesionando sus bienes e intereses fundamentales.<sup>42</sup>

Como se puede apreciar, estos intentos de definir la seguridad colectiva como bien jurídico autónomo, o no avanzan nada respecto del concepto a definir, en la medida en la que incluyen parte de lo definido en la definición, haciendo referencias a la inmunidad de la colectividad o a bienes cualitativamente colectivos; o bien la concretan en un conjunto de condiciones o presupuestos que garantizarían a otros bienes jurídicos (esta vez individuales), y que van desde la referencia genérica e indeterminada a los bienes o intereses fundamentales, a referir expresamente la vida, la integridad, "el bienestar" y la propiedad.

Merecen destacarse, no obstante, la referencias que se hacen a que esos bienes individuales mediatamente

---

V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen VI, Torino, 1922, p. 349.

<sup>42</sup> González Rus, J.J., en AAVV, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid, 1997, p. 95. La cita no es literal, porque el autor describe como se lesiona la seguridad colectiva, de donde he intentado obtener lo más fielmente posible su entendimiento de dicha seguridad.

protegidos lo son en tanto que "bienes de todos", y la relativa a la indeterminación del número de personas que puedan verse afectadas. Referencias ambas que contribuirán, como se verá en epígrafes posteriores, a articular una estrecha relación entre bienes jurídicos individuales y colectivos, y a dotar de relevancia dentro de estos últimos a los de naturaleza difusa.

Así pues, de las definiciones dadas, estos elementos son los únicos que, entiendo, pueden aportar algo de luz sobre lo específico que pueda haber en esta seguridad calificada de colectiva; dado que, como acabo de exponer, en el resto del contenido de las definiciones citadas, o no se dice otra cosa que no sean nuevas referencias a la colectividad, o se acude a los bienes jurídicos individuales subyacentes, que por cierto, dado el amplió abanico que pueden recorrer, inutilizan el concepto por excesivamente amplio.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> En este sentido, Polaino, en referencia a unos tipos concretos de delitos de incendio previstos en el PCP de 1980, manifiesta que: "Prescindiendo de la exactitud o incorrección de la designación de la objetividad jurídica tutelada, que se expresa con la referencia positiva a la seguridad colectiva, en efecto, procede considerar que respecto de los tipos de exclusivo daño patrimonial, excluyentes de todo riesgo personal, no resulta en ningún caso adecuada la utilización de la mencionada rúbrica legal, salvo que, en el sentido de una interpretación excesivamente amplia e impropia, se pretendiera estimar que pueda axiológicamente identificarse la seguridad colectiva con bienes de índole patrimonial." Polaino Navarrete, M., Delitos de incendio en el ordenamiento penal español, ob. cit., p. 151.

Las anteriores consideraciones van dirigidas a la rúbrica seguridad colectiva, que como se sabe es la que encabeza el Título XVII del NCP, y por tanto abarcan a todos los delitos contenidos en él. Pues bien, en el caso de los incendios las críticas se hacen más evidentes si cabe. En este sentido, Serrano González de Murillo, tras manifestar su opinión favorable a la nueva ubicación sistemática de los incendios, se ve obligado a reconocer que la directriz marcada por la rúbrica del Título XVII no se ha seguido completamente por las concretas figuras delictivas: "...pues se manejan al menos dos conceptos distintos de seguridad colectiva y, además, en realidad se integran tipos que no atentan contra la seguridad colectiva,..."<sup>44</sup>

En lo que respecta a la necesidad de manejar dos conceptos distintos de seguridad colectiva, se está refiriendo a los incendios forestales y en zonas de vegetación no forestal; incendios que para el mencionado autor atentan contra dicha seguridad independientemente de que haya o no riesgo personal, lo que le lleva a considerar que mientras que en los incendios del artículo 351 NCP la seguridad colectiva se equipara a peligro personal, en los incendios forestales es el mero peligro de propagación el

---

<sup>44</sup> Serrano González de Murillo, J.L., "Los delitos de incendio en el nuevo Código penal", en AP, n.º. 42, noviembre 1996, p. 829.

elemento que permite mantener que también se atenta contra el citado bien jurídico colectivo. Esto le lleva a decir expresamente que en estos últimos supuestos el concepto de seguridad colectiva no sólo es más amplio sino que también es distinto del aplicable a los incendios que él denomina "comunes".<sup>45</sup>

En cuanto a los tipos en los que según el párrafo arriba transcrito se dice que no se atenta contra la seguridad colectiva, se está refiriendo a parte de los supuestos de incendios de bienes propios, que como sabemos vienen recogidos en el artículo 357 NCP. En concreto, el autor en cuestión alude a aquellos incendios de bienes propios en los que el incendiario tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio,... o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales. Respecto de los mismos manifiesta que: "Obviamente, el lugar sistemático de estas figuras no es el adecuado", afirmando por el contrario que sí se encuentran correctamente ubicadas las modalidades, también contenidas en el artículo 357 NCP, de incendio de bienes propios con peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno. Si bien inmediatamente a continuación aclara que no

---

<sup>45</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 829 y 830.

se trata en estos casos de la generación de un peligro personal que, como ya se ha dicho, y aquí de nuevo reitera, es el concepto de seguridad colectiva que mantiene para el tipo básico del artículo 351 NCP.<sup>46</sup>

Observemos que, incluso atendiendo a un único precepto (el 357 NCP), son muchos los tipos de incendios que se contemplan, y que según se acaba de decir, o bien no atentan contra la seguridad colectiva, o bien lo hacen a una seguridad colectiva distinta de la que se mantiene para los incendios más gravemente sancionados; lo cual hace que con tantas excepciones o cuasi-excepciones sea un poco difícil mantener sólidamente lo correcto de la ubicación sistemática de los delitos de incendio. Tal vez por esto, Serrano González de Murillo, defensor, como se está viendo, de la seguridad colectiva como principal bien jurídico protegido por los delitos de incendio, se ve en la "obligación" de matizar que si bien en los casos de incendio de bienes propios con peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno, no se genera un peligro personal al modo en que lo hace el tipo básico del artículo 351 NCP, sí que cabe hablar de la producción de peligro personal abstracto derivado del peligro de propagación que expresamente requieren tales tipos,<sup>47</sup> intentando de esta

---

<sup>46</sup> Cfr. *ibid.* p. 841.

<sup>47</sup> Cfr. *ibid.*, p. 841, en nota número 22 a pie de página.



forma, a mi modo de ver, no crear demasiada distancia entre los distintos conceptos de seguridad colectiva que mantiene para los incendios.

Debemos entender que esta última observación, (que representa la exigencia como mínimo de peligro personal abstracto para poder entender que se atenta contra la seguridad colectiva), aunque viene referida expresamente a los supuestos de incendios de bienes propios señalados; se debería hacer extensible, según sus propios planteamientos, a los incendios forestales y en zonas de vegetación no forestal, que como se ha visto, también consideraba como atentatorias contra la seguridad colectiva en el sentido amplio de generación de un peligro de propagación. Caso contrario se estaría operando, tan sólo para los delitos de incendio, no con dos, sino con tres conceptos distintos de seguridad colectiva; conceptos en los que sus principales rasgos definidores de cara a la afectación de dicha seguridad colectiva serían el tratarse de: incendios en los que prima el riesgo personal; incendios en los que el peligro personal sólo sería calificable de abstracto; e incendios en los que lo único relevante a los efectos señalados sería el mero peligro de propagación del fuego. Y todo esto sin olvidarnos que, además, todavía quedarían supuestos típicos de incendios en los que, como antes se

---

dijo, no se consideraba afectada en ninguna de sus variedades una tal seguridad colectiva.<sup>48</sup>

La impresión que he intentado transmitir respecto de la relación entre los delitos de incendio en el NCP y la seguridad colectiva como bien jurídico autónomo, se encuentra en la misma línea de la opinión de Polaino, si bien referida esta última a la regulación de los incendios en el PCP de 1980.<sup>49</sup>

Así, el citado autor, tras señalar que la rúbrica de los delitos contra la seguridad colectiva se halla integrada por diversos capítulos, que contienen una pluralidad de tipos delictivos que afectan a bienes jurídicos muy distintos entre sí, concluye que las irregularidades más perceptibles en relación con la dicción de la rúbrica se dan en la descripción positiva de los distintos tipos de incendios, criticando la inclusión bajo la referida rúbrica

---

<sup>48</sup> Artículo 357 NCP, en cuanto se refiere al incendio de bienes propios si se tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales.

<sup>49</sup> De la comparación del PCP de 1980 (*vid. supra* epígrafe I.10.1), con el NCP se observa que tras el dato en común de la ubicación de los incendios bajo la rúbrica relativa a los delitos contra la seguridad colectiva, la regulación de los concretos tipos es bastante distinta, siendo la del PCP de 1980 más similar en algunos aspectos a la que se efectuaba en el VCP que a la actualmente vigente. Pues bien, ello no obstante, las críticas en torno a lo inadecuado de su ubicación sistemática se compaginan perfectamente; y esto debido principalmente a la

de supuestos típicos de daño patrimonial sin peligro personal, y destacando entre otras cuestiones que junto a modalidades típicas que comportan peligro de propagación se regulan otras que no implican peligro de propagación alguno, para abundar a continuación en la cuestión relativa a la indeterminación de lo que se deba entender por peligro de propagación, con la consecuencia directa que de ello se deriva en orden a dejar también indeterminada la noción de seguridad colectiva.<sup>50</sup>

En el intento de buscar una mejor solución a la cuestión, Muñoz Conde, quien apuesta decididamente por la seguridad colectiva como bien jurídico autónomo, se ve en la obligación de calificar a tal seguridad como "un marco en el que se integran una serie de bienes jurídicos más precisos, como son la propia seguridad material de grandes masas de población ante daños y peligros de gran magnitud, la salud pública y el tráfico automovilístico."<sup>51</sup> Para más adelante, dentro ya específicamente de los delitos de riesgo catastrófico, distinguir entre dos afecciones

---

multiplicidad de tipos y a las referencias genéricas, cuando se hacen, al peligro de propagación del fuego.

<sup>50</sup> Cfr. Polaino Navarrete, M., Delitos de incendio en el ordenamiento penal español, ob. cit., pp. 121 y ss. y p. 151.

<sup>51</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 569.

distintas de ese genérico marco denominado seguridad colectiva:

1.- La ya mencionada unos párrafos antes que la entiende "como la garantía de la evitación de daños de dimensión supraindividual."

2.- "Como sinónimo de tranquilidad colectiva."<sup>52</sup>

Concluyendo que tan sólo este segundo entendimiento del bien jurídico seguridad colectiva puede abarcar todas las modalidades delictivas que se encuentran tipificadas bajo la rúbrica de la Sección primera del Capítulo I del Título XVII: "Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes." Y ello en la medida en la que en el artículo 343 NCP : "... los objetos sobre los que recae la situación de peligro pueden ser perfectamente identificables e individualizados,...".<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 572.

Especial relevancia otorga Vercher Noguera a la "conmoción de ánimos y la pérdida de la tranquilidad pública" ( Cfr. VERCHER NOGUERA, A.: "De los incendios", VVAA: Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia, Granada, 1998, p. 1515); así, desde la consideración de que la tranquilidad pública ha sido la razón principal por la que ha situado los delitos de incendio entre los delitos contra la seguridad colectiva, llega a afirmar, tras constatar la ausencia de definición legal, que: "Según la actual concepción podría decirse que el delito de incendios consiste en el hecho de prender fuego en las cosas propias o ajenas y que a consecuencia del mismo exista un peligro de perturbación de la seguridad general". *Ibidem*.

<sup>53</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 572.

El artículo 343 NCP dice así: "El que exponga a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, integridad, salud o bienes, será sancionado con la pena de ...".

Este mismo autor, en sede de delitos de incendio se limita a resaltar que el cambio de ubicación sistemática operado por el NCP con estos delitos, extrayéndolos de entre los delitos contra la propiedad para ubicarlos en esta nueva sede de la seguridad colectiva, lo que hace, no es sino poner de manifiesto el carácter supraindividual del bien jurídico que con la tipificación de los incendios se pretende proteger, bien jurídico que entiende "...trascendente a los intereses individuales mediatamente protegidos".<sup>54</sup>

Pensemos por un momento que hace unos siglos, incluso a principios del XIX, lo más parecido a la energía nuclear de hoy, en orden a su capacidad destructiva, no era sino el fuego. Es comprensible, por tanto, que los sentimientos de inseguridad que hoy día despierta la manipulación de la energía atómica, fueran los mismos que antaño despertara el fuego, como así se ha puesto de manifiesto en el análisis histórico que precede a estas páginas, y que como se puede

---

La diferencia con los dos artículos que le preceden, que también incluyen referencias explícitas a la puesta en peligro de la vida o salud de las personas, se encuentra en la indeterminabilidad e incalculabilidad, por lo menos de forma previa a la realización de la conducta, de los sujetos pasivos afectados, en la media en la que se refieren a la liberación de energía nuclear o elementos radioactivos, y a la perturbación o alteración del funcionamiento de instalaciones nucleares o radioactivas. Cfr. MORALES PRATS, F., en VVAA: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., op. cit., p. 953.

<sup>54</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 590.

apreciar todavía hoy día no están desterrados. Por tanto las consideraciones efectuadas por Muñoz Conde en sede de delitos de riesgo catastrófico, en orden a distinguir dos contenidos posibles de la seguridad colectiva, pueden ser también válidas en sede de delitos de incendio. Pues bien, en la medida en la que tanto con el VCP como con el NCP nos encontramos con tipos de incendio que requieren el peligro para la vida de personas, cuando menos individualizables,<sup>55</sup> la única de las dos posibles lecturas de la seguridad colectiva que se encontraría en condiciones de intentar abarcar todos los tipos de incendio sería, al igual que en los delitos de riesgo catastrófico, aquella a la que Muñoz Conde considera como equivalente a tranquilidad colectiva.

Al entender la seguridad colectiva como tranquilidad colectiva, y siempre según Muñoz Conde:

"... el acento no recaería ya sobre el carácter necesariamente supraindividual de los bienes en concreto afectados, sino en la creación de un clima de garantía social de que las conductas relacionadas con los procesos atómicos (en nuestro caso, las conductas relacionadas con el fuego) no derivarán en una

---

<sup>55</sup> En el actual artículo 351 NCP, tienen cabida la mayor parte de las conductas que en el anterior Código se referían al incendio de edificios -artículos 547 y ss. VCP- tal y como vimos al desarrollar la tramitación parlamentaria del mismo. Pues bien, en muchas ocasiones estos incendios sólo podrán afectar a un número predeterminado y previamente identificable de personas. El supuesto más claro sería el del incendio de un edificio habitado en lugar despoblado.

situación de peligro para los bienes,... tanto individuales como colectivos.”<sup>56</sup>

Así las cosas, la situación en relación a los incendios sería la siguiente:

1.- Desde el Código penal de 1822 hasta el actual, con la salvedad del de 1928, la ubicación de los mismos era en sede de delitos contra la propiedad, pese a lo cual la seguridad colectiva era considerada mayoritariamente como la opción deseable.

2.- La sociedad ha ido evolucionando en las técnicas y materiales de construcción de edificios, de tal manera que los actuales no tienen nada que ver con los del siglo pasado, incluyendo muchos de ellos medidas preventivas contra el fuego; asimismo las técnicas y medios de lucha contra el fuego han aumentado y mejorado enormemente.<sup>57</sup> Sin embargo, la consideración de la afectación de la seguridad colectiva por los incendios se ha mantenido inamovible, hasta el punto que, como ya sabemos, bajo tal rúbrica se encuentran hoy día regulados.

3.- Dada la variedad de las concretas descripciones típicas se hace necesario, en la búsqueda de una posible

---

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 572. El contenido del paréntesis es mío.

<sup>57</sup> Basta para corroborarlo una ojeada al Manual de Seguridad contra Incendios, de la fundación MAFRE (Madrid, 1997), en el que se tratan con gran detenimiento todas estas cuestiones, a la vez que se reseñan centenares de normas nacionales y comunitarias atinentes de una u otra forma a cuestiones relacionadas con la prevención y extinción de incendios.

vía integradora de las diversas figuras incendiarias, destacar el aspecto de tranquilidad que lleva implícito la seguridad colectiva.

Pero esta tranquilidad colectiva es un concepto todavía más volátil e inaprehensible que el de seguridad colectiva. Ni siquiera tildando la tranquilidad de individual, entendida como hace Polaino, como eslabón intermedio entre la seguridad colectiva por un lado y la vida o salud de las personas por otro,<sup>58</sup> se consigue un concepto que pueda cumplir mínimamente la función crítica y limitadora del *ius puniendi* estatal que todo bien jurídico penal está llamado a desempeñar. En efecto, si a tal vaguedad se le añade lo sumamente subjetivo que es el concepto de tranquilidad, prácticamente cualquier fuego podría argumentarse que ha intranquilizado a alguien, dándose por tanto el componente de antijuridicidad material (al margen de la lesión o puesta en peligro de otros bienes protegidos en los concretos tipos), que requerirían las conductas incendiarias de aceptar como válida la tesis que defiende

---

<sup>58</sup> POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio en el ordenamiento penal español, ob. cit., p. 33. En iguales términos se manifiesta el mismo autor en: "Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987. Especial referencia a los incendios forestales", en Comentarios a la legislación penal, bajo la dirección de Cobo del Rosal y Bajo Fernández, Tomo XIII, Madrid, 1991, p. 292.



esa tranquilidad como el bien jurídico definitorio de los incendios.

Lo que ocurre realmente es que la seguridad colectiva, y en mayor medida si cabe, la tranquilidad, sea adjetivada de colectiva o individual, no representan sino un bien jurídico "categorial", en el sentido indicado por Carrara, lo que lleva a que se vea vulnerado por todas y cada una de las conductas delictivas.<sup>59</sup>

## **2.2 - Posicionamiento personal respecto de los bienes jurídicos colectivos**

Ante toda la problemática expuesta al hilo de la búsqueda de un concepto para la seguridad colectiva, se hace preciso adoptar una posición clara con carácter general respecto de los bienes jurídicos colectivos, que sirva para comprender mejor la solución a la que se llegue en esta sede concreta.

Siguiendo a Cobo del Rosal y Vives Antón, entiendo que la categoría del bien jurídico responde a "todo valor de la vida humana protegido por el Derecho".<sup>60</sup> Asumo además, en

---

<sup>59</sup> Cfr. CARRARA, F.: Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Speciale, Volumen VI, 9ª ed.. Firenze, 1925, pp. 119 y ss. y 151.

<sup>60</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. Parte general, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 318.

la línea de Vives Antón, que tal entendimiento del bien jurídico como valor no implica una concepción sustancial del mismo, sino que antes al contrario, lo relevante es su aspecto procedimental, en tanto que "primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma",<sup>61</sup>

---

Aunque pudiera parecer lo contrario, la posición de aquellos que, como Polaino o Terradillos, acuden a la idea de necesidad humana para integrar el concepto de bien jurídico, es perfectamente compatible con la idea de valor aquí mantenida. Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: El bien jurídico en el Derecho penal, Sevilla, 1974, p. 31 y ss. TERRADILLOS BASOCO, J.: "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en RFDUCM, núm. 63, 1981, pp. 132 y 133.

En concreto, en estas páginas Terradillos desecha acudir a la idea de valor, pese a reconocer expresamente que se encuentra próxima a la de bien jurídico, por entender que con la misma se alude inevitablemente a juicios éticos. Si bien reconoce que el Derecho, y el Derecho penal en concreto, es reflejo de las concepciones éticas dominantes (incluso por la fuerza) en una sociedad; concepciones en las que afirma se tienen que basar las decisiones de política criminal en sentido amplio, que incluirían la creación de los tipos penales.

Pues bien, si hablamos en concreto de una sociedad democrática, las concepciones éticas de la misma no podrán alzarse en dominantes por otra fuerza que no sea la de criterios de mayorías; razón por la que pierde bastante fuerza la crítica a la ineficacia promocional de la amenaza penal (*ibid.*, p. 133), pues los valores que las normas penales plasmen deben ser previamente mayoritarios en la sociedad. Desde esta perspectiva no hay inconveniente en afirmar que la esencia del concepto de bien jurídico es la idea de valor, y a la vez compartir plenamente la afirmación con la que Terradillos concluye su crítica a la concepción aquí mantenida: "Los valores juegan respecto al Derecho penal no el papel de objetivos a lograr sino de mínimos a respetar". (*Ibidem*).

<sup>61</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T.S.: Fundamentos del sistema penal, Valencia, 1996, pp. 483 y ss. En estas páginas, y a modo de epílogo, considera Vives Antón que una sistemática adecuada del Derecho penal debe articularse en torno a distintas pretensiones de validez de la norma: pretensión de relevancia, de ilicitud, de reproche, y de necesidad de pena. En la primera de ellas, en la pretensión de relevancia, se indagaría acerca de si la acción particular que se enjuicia se puede considerar incluida entre aquellas que interesan al Derecho penal. Esta pretensión se articularía a su vez en otras dos, la de inteligibilidad y la de ofensividad o antijuridicidad material, indicando con esto

constituyéndose desde esta perspectiva en el "primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad".<sup>62</sup>

Desde estos presupuestos, entiendo que sólo se deberían considerar como bienes jurídicos a efectos penales, aquellos valores que una sociedad concreta decida poner bajo la protección del Derecho penal; lo que normalmente será por considerarlos como los más importantes y necesitados de protección; sin que a priori y de modo general se pueda concretar nada más en torno al contenido concreto que a los mismos quepa otorgar.

Afirmado lo anterior, y precisamente porque de ello se desprende la posibilidad de integrar la categoría del bien jurídico con cualquier contenido, lo que de hecho comportaría negar su utilidad en tanto que instrumento para limitar el *ius puniendi* del Estado, es por lo que se hace absolutamente necesario otorgar un carácter social a todo bien jurídico; máxime si pretendemos calificar el Estado en que vivimos no sólo como social, sino también como

---

último que sólo las acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos son relevantes para el Derecho penal. En este sentido hay que entender la referencia a que el bien jurídico se constituye en el primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma. Vid. en concreto p. 484 en nota a pie núm. 71.

<sup>62</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. Parte general, 5ª ed., op. cit., p. 319.

democrático de Derecho. Con esta última afirmación no estoy aludiendo a otra cosa que no sea el respeto a las mayorías.

En este sentido me parece muy interesante la apreciación que efectúa Terradillos destacando que dados los elementos de generalidad y contrastabilidad que contiene la idea de necesidad (que como hemos indicado previamente conforma para él principalmente la idea de bien jurídico), se favorece un discurso racional.<sup>63</sup> Este discurso racional será imprescindible si queremos que los valores que acaben imperando en una sociedad respondan realmente a la voluntad de la mayoría. Si esto es así, y lo verdaderamente relevante a la hora de estimar determinado valor como bien jurídico es que así sea apreciado por la mayoría de los ciudadanos, los valores que se desprendan de la Constitución de un país democrático, comenzando (pero no sólo) por los derechos fundamentales que la misma establezca, serán firmes candidatos, en tanto que se consideren necesitados de protección, para integrar el elenco de los bienes jurídicos penales;<sup>64</sup> y ello con mayor

---

<sup>63</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: "La satisfacción de necesidades...", op. cit., p. 137.

<sup>64</sup> La relevancia de la Constitución en este aspecto es posición ampliamente defendida; si bien con distinta incidencia en su grado de vinculación. Así Mir Puig constata su importancia, pero aclara que la concreción de un bien jurídico penal "...no puede resolverse de plano con el solo recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen". MIR PUIG, S.: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius puniendi*", en Estudios penales y criminológicos, núm. XIV, 1989-1990, p. 210. En similar sentido cfr. TERRADILLOS

razón cuanto más representativa del consenso social sea una tal Constitución.

En todo caso, si a este respecto a las mayorías lo calificásemos de contenido material, el mismo sería el único que podría integrar el concepto de bien jurídico en una sociedad democrática.<sup>65</sup>

---

BASOCO, J.: "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en Pena y Estado, núm. 1, 1991, pp. 10 y 11. DE TOLEDO Y UBIETO, E.O.: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en ADPCP, núm. XLIII, 1990, p. 11. Incidiendo más en la relevancia directa de la Constitución se muestra Carbonell Mateu, el cual llega a incluir una importante referencia a la misma en la propia definición del Derecho penal: "la parte del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, ..." CARBONELL MATEU, J.C.: Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia, 1999, p. . No obstante las diferencias con los autores anteriores, entiendo que se liman sustancialmente cuando Carbonell nos explica lo que entiende por "relevancia constitucional", que no es sino la exigencia de que de alguna manera todo bien jurídico penal encuentre referencia en algún valor que emane del sistema constitucional; no pretendiendo, por tanto, afirmar que en la Constitución se recojan de forma expresa y taxativa el catálogo de los posibles bienes jurídico-penales. Cfr. *ibid* pp. . Ni siquiera esta última idea se defiende por quienes, como Álvarez García, y siguiendo la tesis de Bricola, parece que acentúan todavía más la dependencia del Derecho penal respecto de la Constitución:

"... los bienes de referencia están constituidos tanto por los explícita como por los implícitamente contenidos en la Constitución, a los que habrá que añadir aquellos bienes que aun no teniendo reconocimiento constitucional está ligados a un valor constitucional, ..."

Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: "Bien jurídico y Constitución", en CPC, núm. 43, 1991, pp. 30 y ss., en concreto para la cita, p. 37.

<sup>65</sup> Creo que en esta línea cabe entender la búsqueda de un concepto material que efectúa Bustos, y que le lleva a afirmar que:

"... una consideración material del bien jurídico le dota de contenido, éste aparece no como un mero símbolo o metáfora, sino como una relación social concreta, que por tanto, de partida, ha de implicar la participación de los sujetos en el proceso social y, consiguientemente también llegado el caso, en el proceso

### **2.2.1 - Apuesta por una concepción personalista de los bienes jurídicos**

Pues bien, precisamente por todo lo indicado, y asumiendo que afortunadamente la idea de valor no tiene exclusivamente una acepción individualista,<sup>66</sup> he de señalar mi clara opción por una concepción personalista de los bienes jurídicos,<sup>67</sup> sin que, como se puede comprender tras lo anteriormente afirmado, ello suponga permanecer anclado

---

económico". Lo que visto desde un Estado de Derecho democrático le conduce a definir los bienes jurídicos como: "ciertas relaciones sociales concretas estimadas democráticamente como esenciales para la subsistencia del sistema elegido".

Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)", en RFDUCM, núm. 11, 1986, pp. 151 y 155.

<sup>66</sup> Así, tras concluir Cobo del Rosal y Vives Antón, como ya se ha visto, que bien jurídico es: "todo valor de la vida humana protegido por el Derecho", aclaran a continuación que ello no les lleva a una concepción desmedidamente individualizadora, sino que consideran perfectamente compatible la idea y estructura de valor con planteamientos sociales y comunitarios. Cfr., *ibid.*, pp. 318 y 319.

<sup>67</sup> Al optar por una concepción personalista lo hago poniéndola en contraposición tanto con una concepción estatista, que rechazo por facilitar de forma clara el que acaben protegiéndose razones de Estado (funciones), al otorgar la titularidad de todo bien jurídico al Estado, y por tanto su disponibilidad; como también frente a la concepción dualista que renuncia a buscar una naturaleza común entre los denominados bienes jurídicos individuales y los calificados de colectivos, universales o supraindividuales, y que en consecuencia no vincula estos últimos a los individuales. Me sumo por tanto, en cuanto al punto de partida, a la posición de Hassemer y Muñoz Conde. Cfr. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia, 1989, pp. 107 y ss.

en los ideales del Estado liberal negando relevancia a valores de contenido social.

Es posible conseguir que, lejos de caer relegada a un segundo plano, cuando no olvidada, la teoría del bien jurídico salga reforzada dentro de los planteamientos del Estado social y democrático de Derecho. Y ello por más que este Estado obligue a planteamientos intervencionistas alejados de la mera consideración de guardián que tenía el Estado liberal, en el seno del cual surgió.<sup>68</sup>

Para ello, y enlazando con lo antes dicho, tal vez sea interesante resaltar como ya los bienes jurídicos tradicionales se encuentran lejos de poder ser identificados con la categoría de los derechos subjetivos; pudiéndose ver en ello que los mismos (vida, honor, propiedad,...) no sólo interesan, en su caso, al individuo directamente afectado, sino que realmente representan una valoración social.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> En este sentido se manifiesta expresamente Bustos, al responder afirmativamente a la duda que él mismo plantea en orden a: "...si un producto de un Estado liberal y democrático de Derecho puede servir de fundamento material para una visión social y no individualista del ilícito penal". Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos...", op. cit., pp. 150 y ss.

<sup>69</sup> Así, Cobo/Vives, tras dejar constancia de la posibilidad de una esencia individualista de los bienes jurídicos junto a otra social, pública o comunitaria, afirman en nota a pie de página que: "Incluso puede afirmarse... que el bien jurídico debe ser, en todo caso, un concepto de contenido social". Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. Parte general, 5ª ed., op. cit., p. 319.

Este aspecto social, en el caso de los bienes colectivos aparece de forma más evidente por referirse los mismos directamente a condiciones de funcionamiento del sistema, pero en la medida en la que también subyace en los tradicionales bienes jurídicos individuales,<sup>70</sup> pone de manifiesto que lejos de tener que representar necesariamente un obstáculo insalvable en el mantenimiento de la importancia de la categoría del bien jurídico, constituye un punto de encuentro. De hecho, los bienes jurídicos colectivos existían ya bajo el Estado liberal sin que se resintiera el dogma del bien jurídico; la seguridad interior y exterior del Estado, la fe pública, la administración de justicia, son buena prueba de ello.

Lo que pretendo, apostando por una concepción personalista de los bienes jurídicos a la vez que resaltando el aspecto de valoración social que todos ellos conllevan, es precisamente reforzar la finalidad de las exigencias intervencionistas del Estado social (cifradas en

---

<sup>70</sup> En este sentido se pueden entender las palabras de Bustos cuando señala que: "El bien jurídico implica siempre una valoración masiva y universal, se trata de ciertas relaciones sociales que son consideradas esenciales para el sistema en relación a todos sus miembros, caso de la vida, del honor, de la libertad, etc.", y otorgando a continuación un carácter doblemente masivo y universal a los bienes jurídicos colectivos por entender que: "No sólo se trataría de relaciones sociales básicas dentro del sistema y por ello mismo configuradoras del orden social (por tanto, fundamentales para cada miembro de la sociedad), sino que además estarían referidas al funcionamiento mismo del sistema y, por tanto, referidas a cada sujeto en su quehacer cotidiano". BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos...", op. cit., pp. 155 y 158.



el logro de una libertad e igualdad más reales), mediante la insistencia en la presencia de personas concretas detrás de todos y cada uno de los valores en él presentes, de tal manera que se contribuya a evitar, en la medida de lo posible, caer en una mera y peligrosa protección de funciones.<sup>71</sup>

Así, partiendo de la relevancia social de todo bien jurídico, Mir Puig nos habla de ellos como de condiciones de funcionamiento del sistema; si bien exige a continuación que ello se traduzca en concretas posibilidades para el individuo; lo que le lleva a la hora de valorar los bienes jurídicos colectivos a desechar su contemplación desde el punto de vista de su importancia para el sistema social, y a exigir, en cambio, la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. Llegando a afirmar que al Estado social democrático:

"le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia:

---

<sup>71</sup> De este peligro advierte expresamente Terradillos cuando, intentando dejar en sus justos términos la función simbólica inherente a toda norma penal, advierte de la posibilidad de que tal función se utilice además, o en lugar, de para reforzar los valores de una sociedad, para crear o reforzar representaciones ideológicas; lo que le lleva a:

"...insistir en el riesgo de que esos valores lleguen a identificarse con reglas de funcionamiento de los mecanismos sociales y de definición del rol que a cada individuo corresponde desempeñar en ellos, que es lo que en el fondo predica todo funcionalismo,...". Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", op. cit., pp. 10 y 11.

se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema".<sup>72</sup>

Esto mismo entiendo que es lo que nos dice Bustos, cuando alude a que no se puede hablar de bienes supraindividuales como de una categoría que esté por encima del individuo, al considerar que todos los bienes jurídicos, también los colectivos, deben estar en función de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Además destaca la virtualidad que corresponde a tales bienes colectivos en aras de un respeto más real a los bienes individuales:

"El término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc., adquieran un sentido material y no

---

<sup>72</sup> Cfr. MIR PUIG, S.: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius puniendi*", op. cit., p. 212.

reaparezca por el funcionamiento del sistema una formalización de tal protección".<sup>73</sup>

Como acabamos de ver, tanto Mir Puig, como Bustos Ramírez, llegan a la importancia de atender al individuo en concreto tras señalar la relevancia social de todo bien jurídico. Pues bien, aunque pudiera parecer lo contrario, a mi entender, los resultados de los mismos no difieren en lo esencial de aquellos a los que un claro defensor de posiciones personalistas, como es Hassemer, llega en esta cuestión. No obstante, hay que señalar que a tales resultados llega invirtiendo el orden de las argumentaciones anteriores. Parte de forma clara de la persona individual como centro de todo bien jurídico, para acabar admitiendo la presencia de bienes jurídicos colectivos.

En este sentido se manifiesta Hassemer cuando, planteándose si la teoría del bien jurídico -útil en el Estado liberal- puede tener alguna virtualidad en la sociedad actual para algo más que para proteger los bienes tradicionales como la vida y la propiedad privada, concluye afirmando categóricamente que:

---

<sup>73</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos...", op. cit., p. 159.

"Los tiempos de la alta complejidad social, en el Derecho penal, son los tiempos de las teorías con orientación personal".<sup>74</sup>

Con ello Hassemer pretende destacar la necesidad de buscar respuesta a las nuevas estructuras y problemas sociales sin renunciar a la tradición personal de la teoría del bien jurídico. Así, con independencia de que al final su concepción personalista sea excesivamente rígida,<sup>75</sup> afirma que:

---

<sup>74</sup> HASSEMER, W.: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en Doctrina Penal, año 12, abril-septiembre 1989, p. 281.

<sup>75</sup> Esta posición excesivamente rígida se puede apreciar cuando, junto con Muñoz Conde, entienden que, entre otros autores, Cobo del Rosal/Vives Antón, Bustos Ramírez, o Mir Puig, son partidarios de una concepción monista-estatista por el aspecto social que otorgan a todo bien jurídico (vid. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: Introducción a la Criminología y al Derecho penal, op. cit., p. 177, nota núm. 44 -viene de las pp. 107 y 108-); siendo que ellos mismos afirman textualmente que: "Los bienes jurídicos no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia", para aclarar a continuación que el legislador a la hora de crear una ley penal no extrae el bien jurídico directamente de esa realidad social, sino que dentro de su margen de autonomía lo configura llevando a cabo una función política (cfr. *ibid.*, p. 111).

Entiendo que tales referencias, por un lado a la experiencia social, y por otro al margen configurador del legislador, representan el otorgamiento de una entidad suficiente a la sociedad y al Estado en la fundamentación de los bienes jurídicos, como para que ellos mismos también se incluyeran dentro de una concepción estatista, sobre todo cuando previamente habían afirmado que: "...para las teorías monistas sólo hay, ..., dos posibilidades de concebir el bien jurídico y ambas posibilidades se excluyen entre sí. O se le concibe desde el punto de vista del Estado, considerando en este caso los bienes jurídicos individuales (vida, salud, etc.) como simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado. O se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo". *Ibid.* pp. 107 y 108.

"...un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona (y no a la inversa, -añado yo-): solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre".<sup>76</sup>

### **2.2.2 - Los peligros del funcionalismo**

De los planteamientos expuestos se puede extraer la conclusión común de que, si nos olvidamos de que son personas concretas las que hay detrás de pretendidos bienes colectivos o generales, podemos fácilmente utilizar a los

---

El que los bienes jurídicos (todos, y no únicamente los universales), sólo sean legítimos en tanto que sirvan al desarrollo personal de individuo, entiendo que no es obstáculo alguno para afirmar el carácter social que todo bien jurídico de forma necesaria debería conllevar en un Estado democrático, como con anterioridad hemos visto destacaban todos los autores mencionados, y ahora se ha visto no han podido eludir Hassemer y Muñoz Conde. Por todo lo cual, parece más acertado ubicar a todos estos autores dentro de una concepción personalista de los bienes jurídicos, y en todo caso, en función de la mayor o menor proclividad de cada uno a admitir bienes jurídicos colectivos, cuestionarnos lo próximos que puedan estar de una concepción dualista. De hecho, García Cantizano, pese a seguir los planteamientos de Muñoz Conde, declara no conseguir clasificar claramente la posición de Bustos Ramírez, terminando por hacerla deudora de los planteamientos dualistas de Tiedemann. Cfr. GARCÍA CANTIZANO, M<sup>a</sup>.C.: Falsedades documentales, Valencia, 1994, pp. 56 y ss.

<sup>76</sup> HASSEMER, W.: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", op. cit., p. 282.

individuos como meros instrumentos para conseguir asegurar tales intereses.

Aunque el funcionalismo pueda dar una explicación convincente del acontecer del Derecho penal en la sociedad,<sup>77</sup> ello en modo alguno debería entenderse como una

---

<sup>77</sup> Como intento de búsqueda de una sistemática plenamente "explicativa" del Derecho penal vigente, califica Silva la construcción funcionalista de Jakobs. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 69.

De característica común a todos los autores funcionalistas, califica Borja Jiménez, el intento de explicar desde una perspectiva más concreta que la que ofrece el método lógico-jurídico, la repercusión real de las diversas instituciones penales en el contexto social, y ello debido al alejamiento del Derecho penal respecto de la realidad que pretende estudiar como consecuencia de la excesiva abstracción de la Dogmática moderna. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat", en Estudios penales y criminológicos, núm. XVII, 1994, p. 10.

Cfr. también ARROYO ZAPATERO, L.: "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", en Revista jurídica de Castilla la Mancha, núm. 1, 1987, pp. 100 y ss. En estas páginas, además, Arroyo muestra su convicción acerca de la legitimidad que el recurso a los valores derivados del orden constitucional puede otorgar a los planteamientos funcionalistas.

El propio Arroyo se dice deudor de los planteamientos de, entre otros, Rudolphi; el cual intenta cohonestar el concepto liberal de bien jurídico, -que entiende como material y prejurídico-, con los conceptos teleológico-formales, -que consideran que bien jurídico será sólo aquello que se desprenda de las concretas prescripciones penales, y que por tanto conducen a ver en los valores de la comunidad los objetos que constituyen el fin del Derecho penal-. Ante el carácter prejurídico de las distintas formulaciones del primero y la mera formalidad de los segundos, Rudolphi apela a la Constitución de la República Federal de Alemania, por entender que en la misma se encuentran ya las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico previo a la legislación penal, pero al mismo tiempo obligatorio para ella. Así, afirma que:

"En general pueden describirse los bienes jurídicos como funciones importantes para la vida social en el ámbito de la Constitución. O dicho de otra manera, se trata de unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente, y por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados".

razón para que se asuman sus posiciones. Antes al contrario, debería servirnos para darnos cuenta de lo fácil que es instrumentalizar a las personas en aras de pretendidos beneficios sociales. Por ello me sumo a aquellos autores que mantienen que el concepto de persona es el eje sobre el cual gira una fundamentación no funcionalista del Derecho, constituyendo un parámetro irrenunciable para un Derecho "justo".<sup>78</sup>

Las bondades de las tesis funcionalistas entiendo que debemos dejarlas en lo importante que es conocer a lo que nos enfrentamos para mejor poder luchar contra ello.

En este sentido se puede entender la posición de Terradillos cuando afirma que:

"Cierto que las lecturas funcionalistas pueden ser idóneas para comprender el funcionamiento real del Derecho penal, para interpretarlo, pero no pueden ser válidamente utilizadas por el legislador propio de un sistema

---

Cfr. RUDOLPHI, H.J.: "Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", (traducción de Bacigalupo Zapater, E.), en Nuevo pensamiento penal, año 4, núms. 5 a 8, 1975, pp. 329 y ss., en especial p.344 para la cita.

Aparentemente no hay mucha diferencia entre esta afirmación transcrita y las posiciones de Bustos Ramírez y Mir Puig antes comentadas, excepto en que, como antes vimos, estos últimos autores terminaban por poner a la persona en el centro de los aspectos sociales del bien jurídico, mientras que Rudolphi se limita a constatar, que bajo una Constitución democrática lo funcional para la sociedad es valioso para las personas. Cfr. *ibid.*, p. 344 y ss.

La diferencia es, pues, muchísimo más relevante de lo que una lectura superficial nos hace ver.

democrático, ya que reducen el Derecho penal a la categoría de instrumento garante de la eficacia de las decisiones políticas tomadas por el ejecutivo".<sup>79</sup>

Esta afirmación la realiza precisamente para, partiendo de la neutralidad valorativa de algunas tesis funcionalistas -que las hace especialmente aptas para poder ser aplicadas a cualquier sistema social, y por ello mismo criticables-, poner de manifiesto que ni siquiera complementando el funcionalismo con el conjunto de valores derivado de la Constitución (como en una nota anterior se ha visto defienden algunos autores), cabe su admisibilidad en una sociedad que se tenga por democrática.<sup>80</sup>

En la medida en la que los mecanismos de democracia directa vayan siendo más y más fuertes, la objeción que plantea Terradillos irá perdiendo fuerza, pero en la actualidad, y por bastante tiempo, creo, sus objeciones me parecen sumamente válidas.

No comparto, por tanto, la "defensa" que Corcoy Bidasolo realiza de la posición de Jakobs en esta cuestión. Dice Corcoy que pese a que Jakobs identifica el bien jurídico con la protección de las normas penales, no se le puede

---

<sup>78</sup> Vid. HASSEMER, W.: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", op. cit., p. 276, citando a Arthur Kaufmann.

<sup>79</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.: "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en Pena y Estado, núm. 1, 1991, p. 22.

<sup>80</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 21 y 22.



objetar la incapacidad de su construcción para limitar el poder del Estado impidiendo la función garantista que todo bien jurídico está llamado a cumplimentar. Y ello, continua afirmando, porque se está hablando de un Estado democrático, donde, parece concluir, no cabe calificar de "injustas" las normas dictadas por los representantes legítimamente elegidos por el pueblo. Si bien la propia autora había indicado que, en todo caso, lo que habrá de hacerse es cuestionar o el Estado democrático en sí mismo, por entender que los representantes del pueblo no tienen capacidad para decidir qué intereses desean proteger y en qué forma, o la forma de elección y control de estos representantes.<sup>81</sup>

Pues bien, teniendo claro que el sistema democrático imperante en nuestro entorno cultural es, hasta el momento, el más respetuoso con la persona de los que han existido, no creo que se pueda desconocer que los mecanismos representativos son todavía demasiado insuficientes como para permitírnos afirmar de forma categórica que la voluntad de nuestros representantes responde en todo caso a una voluntad mayoritaria de la ciudadanía, entendida esta voluntad desde una perspectiva material.

---

<sup>81</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Valencia, 1999, pp. 178 y 179.

Así, cuando Corcoy, tras afirmar con Jakobs que el individuo es persona en cuanto es un animal social, añade a continuación que:

"...además, en el actual sistema de Estado, (el individuo) tiene medios para participar activamente en la configuración de esa sociedad a la que pertenece y a la que configura",<sup>82</sup>

está sobrevalorando con mucho la entidad de esos medios.

Por tanto, no se está cumpliendo, ni siquiera en nuestra sociedad democrática, la premisa que el propio Jakobs pone para evitar la crítica que se le hace en relación a que su concepción de lo social anula la libertad del individuo, anulándolo como persona; a saber:

"... el sujeto libre ...estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad".<sup>83</sup>

Y es que, la concepción de Jakobs, como él mismo reiteradamente señala, es aplicable a cualquier sociedad, incluidas (menos mal) aquellas que respeten la libertad de

---

<sup>82</sup> *Ibid.* p. 179. El contenido del paréntesis es añadido.

<sup>83</sup> JAKOBS, G.: Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Madrid, 1996, p. 29. (La referencia a la comunicación requerirá en su momento una alusión a la obra de Luhmann).

los individuos;<sup>84</sup> como si ello salvará a nuestras sociedades democráticas de la crítica señalada.

Si la medida de la libertad de la persona se encuentra, según Jakobs, en su capacidad para interaccionar en la sociedad autodescribiéndola, la realidad pone de manifiesto lo mermado de tal libertad todavía en nuestros días, y ello en la medida en la que aún estamos en proceso de construcción de una verdadera democracia.

Mientras tanto, más nos vale no limitarnos a afirmar que la persona debe ser el fin último del Derecho penal, como el propio Jakobs afirma de forma grandilocuente:

"un sujeto libre...debe constituir el principio y el objetivo, es decir, que debe ser necesariamente el contenido principal en la empresa "Derecho penal".<sup>85</sup>

Antes bien, debemos intentar que nuestras construcciones teóricas abunden y resalten la necesidad de que algún día sea así realmente. Cosa que precisamente desde la aparente neutralidad valorativa de la concepción funcionalista sistémica de Jakobs se ve seriamente dificultada, pues aunque nos diga que:

"... la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a

---

<sup>84</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 29 y ss.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 30.

la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores,...",<sup>86</sup>

lo cierto es que cualquier concepción del Derecho penal, incluso las autoproclamadas ajenas al mundo valorativo, encierran en sí una valoración que trasciende necesariamente a la sociedad, y en concreto, en el caso de la concepción de Jakobs, adquiere claramente caracteres instrumentalizadores del individuo.<sup>87</sup>

En relación con las posiciones funcionalistas, señalar por último, que si bien es cierto que esta neutralidad valorativa no es extensible a toda tesis funcionalista,<sup>88</sup> así como tampoco es generalizable a todas ellas la crítica que se les suele hacer en tanto que fundamentadoras de un

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 41, citando a Max Weber.

<sup>87</sup> Así, incluso desde otras concepciones funcionalistas se critica en parte la concepción de la culpabilidad de Jakobs, precisamente por su neutralidad, por referirse al sistema (a cualquiera) y no a la persona; lo cual lleva a Roxin a decir que:

"...no puede ser útil para la "confianza en el ordenamiento" del ciudadano el que éste deba decirse que, dado el caso, la afirmación o negación de su culpabilidad no depende de su persona, sino de factores que no tienen nada que ver con él, de modo que se le convierte en un juguete de las respectivas circunstancias".

ROXIN, C.: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. (Trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997, 19/33, p. 807.

<sup>88</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: Aproximación al Derecho penal contemporáneo, op. cit., pp. 67 y ss.

Derecho penal utilitarista,<sup>89</sup> entiendo que cuanto más relevancia se dé a las medidas de política criminal en la configuración del Derecho penal más alejadas se encontrarán de la consideración real de la persona como el fin último del mismo.

El apelar al funcionamiento del sistema puede acarrear caer en el mismo peligro de imposición de voluntades al que conduce el recurso a pretendidos derechos naturales.

### **2.2.3 - Legitimidad democrática y límites a la configuración de bienes jurídicos**

Constatado que vivimos en sociedad, y queriendo poner a las personas por encima de cualquier otra consideración, ante la evidencia de conflicto de intereses entre las mismas, y asumiendo que nadie se puede considerar superior a nadie, entiendo, en la línea en la que ya me posicioné páginas atrás, que el único criterio válido para la resolución de tales conflictos es el de las mayorías.

En este sentido, Vives Antón, comentando la relación entre libertad en su aspecto positivo (la Ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo), y libertad en su aspecto negativo (la inviolabilidad de los derechos

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 71 y 72.

fundamentales de la persona),<sup>90</sup> cita a Rousseau y a Kant para, tras poner de manifiesto que en sus concepciones sólo la voluntad general respetaría siempre el derecho de todos y cada uno de los ciudadanos, afirmar que:

"... nadie sino el pueblo puede definir cuáles son sus derechos, ni -menos todavía- garantizarlos frente al Estado. Pretender que el pueblo, para mejor garantizar sus derechos, habría de dejar el poder que puede transgredirlos en otras manos que las de la mayoría es, sencillamente, urdir una falacia".<sup>91</sup>

Pues bien, si ciframos la esencia de la democracia en la consideración de la igual dignidad de las personas,<sup>92</sup> no

---

<sup>90</sup> Cfr. BERLIN, I.: "Dos conceptos de libertad", en Cuatro ensayos sobre la libertad, ed. en castellano, Madrid, 1988, pp. 187 y ss., -ensayo traducido por Julio Bayón-, (versión original: Oxford, 1969). Es de destacar que en la extensa introducción a esta recopilación de cuatro ensayos, y en relación al que ahora nos ocupa, Berlin, haciéndose eco de críticas recibidas, resalta la barrera que "los derechos humanos básicos" representan contra los opresores, y por tanto la importancia de hacer efectiva la libertad negativa. (Vid. p. 47). No obstante, de esta referencia a los "derechos humanos básicos" en relación con la libertad negativa no cabe extraer la conclusión de que Berlin defiende la existencia de una "verdad objetiva" en el mundo de los valores; él mismo se encarga de desmentirlo expresamente. (Vid. p. 53).

<sup>91</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: "Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal", en Comentarios a la Legislación Penal, T. I, EDESA, 1982, p. 3 en nota al pie. Si bien, en el contexto de estas afirmaciones, Vives Antón se encarga de señalar que, pese a que el poder debe permanecer en manos de la mayoría, no pueden suscribirse totalmente las afirmaciones de Kant y Rousseau acerca de la infalibilidad de la voluntad general.

<sup>92</sup> En la magnífica recensión que Bobbio efectúa de la voz "democracia" (Cfr. BOBBIO, N.: voz "democracia", en Nueva Enciclopedia Jurídica (editorial Seix), T. ---, Barcelona, 19--, pp. 493 y ss), se pone de manifiesto como en las diversas tradiciones históricas que confluyen en la teoría contemporánea de la democracia, las ideas de igualdad y libertad -con distinto peso relativo en cada tradición-, pugnan por hacerse valer cada

podremos sino reconocer que en la dialéctica entre legitimidad democrática y derechos fundamentales inviolables (siempre que la democracia lo sea realmente), los derechos humanos que en esa Sociedad se deberán considerar fundamentales serán los que la mayoría decida que sean, sin cortapisa alguna. Dicho esto, creo absolutamente necesario efectuar algunas precisiones:

1ª.- La anterior afirmación ha partido de la consideración de un sistema democrático ya formado, pero para ello primero se habrá tenido que delimitar quienes lo integran (nacionalidad, renta, sexo, edad,...); si bien la propia esencia democrática debería conducir a una ampliación progresiva del círculo de posibles "conformantes" de la

---

vez más plenamente; pudiendo hablarse en nuestros días (aunque con menos ejemplos que antes del desmembramiento de la URSS), de una democracia formal y de otra sustancial. La concepción sustancial de la democracia pone el acento en la consecución de ciertos contenidos que, inspirados en la propia tradición del pensamiento democrático, vienen centrándose en el fin de la igualdad jurídica, social, e incluso económica. Por su parte la democracia denominada formal, que sería la que más arraigo ha encontrado en la teoría política occidental, se centra en el establecimiento de unas reglas ("procedimientos universales") para la formación de las decisiones que vinculan a la comunidad, y no en el contenido que tales decisiones adopten. Pues bien, aunque tales procedimientos no estarían vinculados con contenidos concretos, excepto la exclusión de las decisiones que de alguna manera contribuyeran a dejar sin efecto alguna de las propias reglas, Bobbio señala como la aceptación de las mismas presupone de hecho la orientación favorable a algunos valores. (Vid. p. 503). De entre los que señala me permito destacar la tolerancia, con todo lo que la misma conlleva. Enlazando con ella, al destacar la igual dignidad de las personas como base de la democracia, estoy resaltando precisamente el aspecto valorativo que encierra de por sí la pretensión de democracia, a la vez que dejando abierta una posibilidad para compatibilizar de futuro las concepciones formal y sustancial.

voluntad mayoritaria. En la base de la democracia, en la consideración de la igualdad de todas las personas, se encontraría esta vocación de universalidad.<sup>93</sup> Mientras el proceso para llegar al punto de partida (que a la vez sería de llegada) se desarrolla en el tiempo, y teniendo en cuenta que tal proceso en matemáticas podría encontrar su equivalente en una función que tienda a infinito (es decir, siempre susceptible de ser superado por una magnitud mayor), deberíamos poner límites que tiendan a que las decisiones que se vayan adoptando afecten en la menor medida posible a quienes no se haya permitido formar parte de la formación de la voluntad mayoritaria que haya avalado la decisión en cuestión. Y hay que señalar que no sólo no habrá avalado la decisión aquellos que no hayan participado en la misma, sino también aquellos que habiendo participado no sean realmente conscientes del sentido y consecuencias de su participación.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Precisamente por eso hoy se habla de sufragio universal, si bien todavía quedan barreras que se pueden superar en mayor o menor medida: disminución de la mayoría de edad, residentes, inmigrantes,..., así como (en una línea paralela, pero en la misma dirección) la progresiva ruptura de las fronteras nacionales.

<sup>94</sup> Entre los "procedimientos universales" que cita Bobbio como comunes a la tradición democrática liberal de la democracia se encuentra el que alude a que: "todos los electores deben ser libres de votar según su propia opinión formada lo más libremente posible". BOBBIO, N.: voz "democracia", op. cit., p. 504.



2ª.- En este camino que es la democracia, la afirmación de los derechos inviolables de las personas ha sido fundamental, y sigue siéndolo. Pero siempre que se tome conciencia de que tal inviolabilidad lo es sólo en la medida en la que la mayoría no diga lo contrario, y ello fundamentalmente porque en nuestra Sociedad está calando la idea de que realmente estamos en democracia (siendo que las mayorías en la práctica no puede decirse que estén libremente formadas), razón por la cual por muy inviolables que se diga que son determinados derechos del hombre, si a día de hoy las urnas dijeran lo contrario, no quedaría a la minoría otro camino que la fuerza para oponerse a esa mayoría (que realmente no lo sería). El tomar conciencia de esta posibilidad hace que mi insistencia en que la democracia no encuentra límites en los derechos humanos, lejos de ser un argumento en contra de ellos, posibilite una mejor defensa de los mismos, dado que nos alerta ante el riesgo de su negación por hipotéticas mayorías.

Y 3ª.- Por último, y aunque con el planteamiento que estoy efectuando, se deje abierta la posibilidad de que también una mayoría que se pueda considerar libremente formada, decida ir en contra de los más elementales derechos de las personas, entiendo que en la medida en la que más libre (y por tanto más consciente) sea esa mayoría mucho menores serán las posibilidades, llegando incluso a desaparecer (límite tendente a cero), de que tal aberración (en mi

opinión) ocurra. En la medida en la que se pueda decir que la voluntad de la mayoría se corresponde cada vez más con la voluntad de los individuos que la integren, se podrá defender que esa Sociedad fomenta la libertad de la persona. Y el que se dé relevancia a la opinión de la mayoría frente a la de la minoría, será muestra del arraigo del valor igualdad en esa misma Sociedad. Con los valores libertad e igualdad asentados en la base de una Sociedad, la afirmación de que la misma respetaría los derechos humanos que hoy se declaran como inviolables en las Constituciones de nuestro entorno cultural y en los principales textos de Derecho internacional, sería casi una afirmación tautológica, es más se podría aseverar que tal Sociedad avanzaría enormemente en el respeto de los mismos.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Bobbio, tras afirmar que en la historia de la democracia se entrecruzan los aspectos procedimentales y los de contenido ideológico (sustanciales), señala como en la concepción de Rousseau ambos aspectos se encuentran perfectamente fundidos: "... el ideal igualitario que la inspira (democracia como valor) se realiza solamente en la formación de la voluntad general (democracia como método),..."; si bien concluye que no existe un elemento connotativo común que permita aunar las concepciones formal y sustancial de la democracia, limitándose a afirmar que una democracia perfecta debería ser al mismo tiempo formal y sustancial. *Ibid.* p. 507.

Esta negación de autoimplicación entre democracia formal y sustancial, pese al elogio que efectúa de la teoría rousseauiana, y pese haber afirmado que determinados valores se derivan del mero proceso democrático, entiendo que trae causa de la constatación que previamente había efectuado en relación con el hecho de que ningún régimen histórico ha observado jamás el conjunto de las reglas del juego democrático. *Ibid.* p. 504.

Por mi parte, entiendo que sí "existe" una implicación entre democracia formal y sustancial, sólo que la misma se irá materializando en la medida en la que las reglas procedimentales

Si llegado un momento histórico, cada decisión de política-criminal (en lo que ahora nos afecta), pudiera responder de forma directa a una mayoría real de los ciudadanos implicados, ninguna objeción cabría oponer a la configuración del Derecho penal con criterios de política criminal. Pero, al margen de que en sociedades tan grandes como las nuestras, tal posibilidad la considero inviable, incluso recurriendo a las nuevas tecnologías, lo cierto es que a día de hoy ni siquiera las grandes líneas de la política general, entiendo, se puede decir con seguridad que respondan a la voluntad real de la mayoría de los ciudadanos.

Ello considero que es así debido fundamentalmente a un doble déficit a nivel colectivo, lo que dificulta

---

democráticas se vayan realmente respetando, y ello (confío) será así en tanto que tales reglas tienen en su base (incluso aunque en sus orígenes históricos no se fuera consciente de ello) la idea de igualdad de las personas; ejemplo , todavía dentro del plano procedimental, es la sucesiva ampliación del cuerpo electoral.

Sumamente interesante en este momento me parece traer a colación las consideraciones de Vives Antón cuando, partiendo de la distinción (ya vista) entre el aspecto positivo de la libertad y el aspecto negativo de la misma, y pese a reconocer que en el plano fáctico se dan sistemas en los que un aspecto de la libertad (el positivo o el negativo) predominan sobre el otro, concluye diciendo que en sentido ideal no puede haber conflicto entre ambos aspectos de la libertad:

"ambos se hallan ligados indisolublemente, como manifestaciones de una subyacente imagen del hombre, coherente y unitaria. Cabría afirmar, incluso, que la independencia fáctica de los dos aspectos de la libertad es bien menguada, y su posible conflicto más hipotético que real." VIVES ANTÓN, T.S.: "Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal", op. cit., p.4.

seriamente la racionalidad del discurso a la que vimos apelaba Terradillos.<sup>96</sup> El primero, el que en relación a la formación recibida afecta a grandes sectores de la población, (necesaria para poder entender "realmente" lo que se nos cuenta, y sus consecuencias). El segundo, y de forma todavía más generalizada, un déficit en la información recibida, (ante la instrumentalización de la misma que sistemáticamente llevan a cabo los medios de difusión de masas, con apenas posibilidades de ser contrarrestada por la libertad de expresión y difusión de ideas).<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Así, como se recordará, pese a reconocer la íntima relación entre valores y necesidades, abogaba por estas últimas para integrar el concepto de bien jurídico al entender que dadas las notas de generalidad y contrastabilidad que a las mismas acompañan se facilita un discurso racional. Pues bien, conviene ahora citar en relación con esta cuestión un párrafo del mismo trabajo de Terradillos que puede servir de referencia para las ideas que se van a exponer:

"La importancia de la participación popular en esta etapa del proceso legiferante (se está refiriendo al momento en el que se está elaborando una reforma penal) no necesita ser subrayada, porque la interiorización de los principios cardinales del Código Penal depende de su previa clarificación y fundamentación, lo que, a su vez, requiere que estos principios sean susceptibles de una discusión racional y objetiva. Sólo así se podrá afirmar si la voluntad estatal, que se manifiesta en la ley penal ha logrado o no formas de argumentación político-jurídicas inobjectables desde el punto de vista material. Es precisamente esta fundamentación, tan profunda como se pueda, la que va a permitir calibrar la "génesis, significación y legitimidad" de cada opción político-criminal. Permite que la sociedad y cada uno de sus miembros sepa lo que en realidad protege el ordenamiento punitivo y, con ese conocimiento, pueda asumir sus razones, participar en su crítica y postular, razonadamente, su revisión".

TERRADILLOS BASOCO, J.: "La satisfacción de necesidades...", op. cit., p. 125.

En este sentido me parecen sumamente interesantes las observaciones que Vives Antón efectúa en orden a poner de manifiesto como la preeminencia que se suele otorgar a la libertad de expresión e información, lejos de reforzar tales libertades, las desnaturaliza. Y ello en buena medida precisamente por la importancia que han cobrado los medios de difusión de masas, que al dirigirse a todo el mundo en todas partes, se han convertido en instrumentos que no funcionan:

"...conforme a los intereses de la comunicación -esto es, imponiendo la opinión mejor argumentada o la información más digna de crédito- sino según los principios que rigen el mercado de bienes y servicios en una economía capitalista, en el que opiniones e informaciones no son sino simples mercancías, sometidas, como tales, a los principios de minimalización de los costes, optimización de las ventas y maximalización del beneficio".<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Cfr. DÍAZ GARCÍA, E.: Legitimidad democrática, ... pp. - y ss.

ESCRIVA GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: "Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución", en Papers, núm. 13, 1980, p. 163:

"...en la medida en que no se pervierta el contenido de la democracia,... se estará cumpliendo ... con lo que reconoce el apartado segundo del propio artículo 1 (de la CE): "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Para ello resulta imprescindible el respeto más profundo en todas aquellas manifestaciones que conforman la voluntad popular y, en particular, la transparencia y la veracidad en la formación y en la información, que están en la base de dicha voluntad."

<sup>98</sup> VIVES ÁNTÓN, T.S.: La libertad como pretexto, Valencia, 1995, pp. 404 y 405.

Muy reveladora también es la consideración de que la televisión (medio de comunicación de masas por excelencia y que de hecho ha desplazado al resto), es el medio menos apto para desarrollar "discursos". Lo cual es sumamente grave si tomamos el "discurso" como arquetipo de la comunicación, en tanto que consiste en la confrontación argumental de opiniones.<sup>99</sup> Como colofón a estos planteamientos Vives Antón no puede sino manifestar que: "...si alguien logra ilustrarse acerca de los asuntos públicos, no será tanto por medio de la opinión pública real, sino más bien a pesar de ella".<sup>100</sup>

Frente a tan grave problema, considera Vives, que nada puede hacer una intervención normativa, sino que la solución tiene que venir por la vía de que el mercado demande de los medios de comunicación productos de más calidad, y una tal transformación de la estructura del mercado entiende que sólo puede llegar a través de la educación de los ciudadanos:

"Esa transformación sólo puede proceder del sistema educativo; mas, por desgracia, la realidad del sistema

---

<sup>99</sup> Vid. *Ibid.* pp. 405 y 406.

<sup>100</sup> *Ibid.* p. 407.

En esta misma línea se encuentra uno de los factores negativos que Tamames atribuye a la "nueva democracia avanzada", me estoy refiriendo al "dirigismo", consistente en el uso de los medios de información disponibles para influir en las decisiones de la población. Vid. TAMAMES, R.: Un nuevo orden mundial, Madrid, 1991, pp. 146 y ss.

educativo es, por el momento, casi tan desventurada como la de la opinión pública".<sup>101</sup>

He aquí el otro gran déficit denunciado.

Bajo tales condiciones, el "trascendental" acto de votar cada cierto número de años para elegir a nuestros "representantes", o el de introducir una papeleta en una urna como respuesta a alguna cuestión de suma importancia social que seguramente vendrá ambiguamente formulada, dista mucho en un considerable número de casos de poder calificarse como la manifestación de una voluntad libremente formada.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: La libertad como pretexto, op. cit., p.407.

<sup>102</sup> Tal vez por ello, aunque, como ya se ha señalado con anterioridad, si consideramos un sistema democrático que realmente responda a los valores de la voluntad popular, el punto de vista fáctico y el ideal del que hablaba Vives Antón se aproximarían notablemente, haciendo casi inexistente la posibilidad de conflicto entre el aspecto positivo y el negativo de la libertad (vid. supra nota número ); como lo normal cuando hablamos de un sistema democrático es que lo hagamos por referencia a los sistemas parlamentarios históricos, incluidos los de nuestro contexto social actual, la posibilidad de confrontación entre ambos aspectos de la libertad, en definitiva la posibilidad de una tiranía de la mayoría, se muestra mucho más próxima, obligándonos a adoptar una actitud defensiva. Esta perspectiva, creo, es la que ha llevado a Vives Antón a resaltar últimamente "los peligro que corre la libertad de cada uno como consecuencia, precisamente, del reconocimiento de la misma libertad en los demás". (*Ibid.*, en el prólogo). Desde esta consideración, y pese a mantener expresamente que, respecto de la libertad en sus aspectos positivo y negativo: "...puede -y debe- sostenerse que son dos aspectos necesarios de cierto modo de entender al hombre", pasa a subrayar que: "...no existe entre una y otra ninguna suerte de armonía preestablecida y que la colisión entre ambas puede, en cualquier momento, asomar en el horizonte". *Ibid.*, pp. 395 y 396.

Paradigmático en este sentido es el caso del ascenso al poder del partido nacionalsocialista de Hitler, que de considerarse como llevada a cabo según procedimientos democráticos, supondría la actualización de la posibilidad teórica de que la voluntad de la mayoría vaya en contra de los derechos fundamentales de las personas; lo que seguramente nos obligaría a cuestionarnos muy seriamente las bondades de la legitimidad democrática que posibilitó tales acontecimientos. Afortunadamente se han levantado voces negando que el régimen dictatorial de Hitler pueda considerarse consecuencia de procedimientos democráticos, y afirmando por el contrario que debe entenderse como un golpe de Estado.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> En este sentido FRIEDRICH, C.N.: Gobierno constitucional y democracia, Madrid, 1975, vol. I, pp. 288 y 304, citado por VIVES ANTÓN, T.S.: "Introducción, Estado de Derecho y Derecho penal", en Comentarios a la legislación penal, Tomo I, EDESA, 1982, pp. 2 y 3.

Sumamente interesantes en apoyo de la tesis del golpe de Estado son algunas de las consideraciones que Klaus Hildebrand efectúa en su libro: El Tercer Reich. Conviene comenzar señalando que las elecciones del 5 de marzo de 1933, donde la suma de los votos obtenidos por el NSDAP (Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán), un 43'9 por 100, y los del DNVP (Partido Popular Alemán), un 8 por 100, permitió obtener una ligera mayoría absoluta con el 51'9 por 100 de los votos, tuvieron lugar ya con Hitler en el poder. En las elecciones de noviembre de 1932, los dos partidos citados obtuvieron en total un 42 por 100 de votos, lo que llevó a que el 30 de enero de 1933 el presidente del Reich, Von Hindenburg, nombrara a Hitler canciller, el cual, como ya había acordado con el DVNP, disolvió un par de días después el parlamento, lo que le permitió dirigir desde el gobierno la nueva campaña electoral. En palabras de Hildebrand: "En la campaña electoral previa a las elecciones del 5 de marzo de 1933, el terrorismo nazi, que a partir de ese momento contaba con la cobertura del Estado, se dirigió de forma abierta contra todos los adversarios políticos,...tuvo una importancia decisiva el control por parte de los nazis de los



En nuestra sociedad "democrática" a lo más que se puede aspirar con los mecanismos actuales es a un cierto consenso sobre los principales valores que deben imperar en la misma; tales valores, que como ya se vio encuentran su principal fuente en la Constitución por ser ésta por el momento expresión del mayor consenso social, deberán limitar cualquier actuación de los poderes públicos, también en el plano legislativo. En este sentido la opción a favor de que toda decisión de política-criminal venga limitada por la afectación de un bien jurídico (entendido como valor/necesidad de la vida humana protegido/a por el Derecho), creo que es la más realista en estos momentos en aras a poner realmente a la persona en el centro de toda consideración jurídica.

Ya se vio, cuando se destacó al principio de estas páginas la importancia de la Constitución en la determinación de los distintos bienes jurídico-penales, la

---

ministerios del Interior del Gobierno Central y de Prusia y, en consecuencia, de las fuerzas de policía. Dicho control se ajustaba a las normas de la teoría totalitaria sobre el golpe de estado moderno. ...los nuevos gobernantes, en virtud de medidas urgentes establecidas de acuerdo con el artículo 48 de la constitución de Weimar, empezaron a obstaculizar las actividades de los demás partidos, a limitar la libertad de prensa y a controlar el aparato burocrático mediante depuraciones. ... El "decreto para la salvaguardia del pueblo y del Estado", promulgado... al día siguiente del incendio del Reichstag,... anuló en la práctica los derechos fundamentales de carácter político de la constitución de Weimar,... En este clima de inseguridad jurídica tuvieron lugar las últimas elecciones "semilibres" de Alemania. Ni que decir tiene que en las mismas no pudieron participar con normalidad los dos partidos de la

diversa vinculación que respecto de los mismos entendían algunos autores; pues bien, incluso aquellos que otorgaban mayor peso específico a la Constitución en aras a las posibles intervenciones penales, reconocían expresamente la necesidad de interpretar de forma dinámica el texto constitucional, de acuerdo con los cambios sociales que se fueran produciendo.<sup>104</sup>

Lo que se está poniendo de manifiesto no es sino que lo verdaderamente relevante es el consenso social, y que las Constituciones son, a día de hoy, su mejor expresión. Pero, si llegado el caso, ese consenso existe al margen de una Constitución concreta, a él se deberá apelar. Desde esta perspectiva, creo, es desde la que se debe entender la posición de Bustos relativa a que la Constitución no se puede convertir en un cerco para la progresiva democratización punitiva del Estado, lo que le lleva afirmar que:

"...puede surgir un bien jurídico que tenga como base referencial un derecho todavía no reconocido en la Constitución y que, sin embargo, ya aparece como constitutivo de una relación social concreta y, por

---

izquierda,...". Vid. HILDEBRAND, K.: El Tercer Reich, Madrid, 1988, pp. 14, 15 y 16.

<sup>104</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C.: Derecho penal: concepto y ...", op. cit., p. . ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: "Bien jurídico y Constitución", op. cit., pp. 33 y ss.

tanto, como fundamental desde una perspectiva de profundización democrática del sistema".<sup>105</sup>

Si ello es efectivamente así, será porque el consenso alrededor de ese nuevo bien jurídico (sin interpretación posible que consiga anclarlo en el texto constitucional que esté vigente) es tan evidente que ni siquiera surge la necesidad de legitimarlo formalmente. No obstante lo normal será que se dé esa legitimación formal, incorporando por las distintas vías posibles alguna referencia constitucional a tal nuevo bien. Para esto ni siquiera será obstáculo el que nos encontremos ante una Constitución rígida, pues ese amplio consenso que ha hecho variar o incorporar un nuevo valor al haber de la comunidad, permitirá incluso flexibilizar la rigidez de la reforma sin respetar los procedimientos previstos. Estaremos ante una cuestión de legitimidad, no de legalidad, lo cual nos sitúa en un plano superior al del Derecho positivo, haciendo por tanto superflua la discusión acerca de si se trata de una reforma constitucional (permitida en el plano de la legalidad) o de una ruptura constitucional (no permitida en el plano de la legalidad).<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos...", op. cit., pp. 155 y 156.

<sup>106</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T.S.: "Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal", op. cit., pp. 6 y ss.

"El poder de reforma constitucional ... recibe, en su caso, la legitimidad, ... de la corrección de sus presupuestos ético-políticos. Y puede, por tanto, desde el punto de vista de la legitimidad, revisar y alterar hasta los más profundos

Así planteado, parece que no se niega la posibilidad de valores, de bienes jurídicos, que no guarden ninguna relación con las personas concretas, y ello en cuanto así lo decida la mayoría. Si llegado el caso la mayoría decidiera proteger algo que en nada les afecta en cuanto personas (ni siquiera mediata e indirectamente), bienvenido sea, seguramente ello sería muestra de una evolución hacia una sociedad mucho más humana, por paradójico que pueda parecer.

Realmente creo que en la práctica nada tendría de paradójico, pues cómo decir que una mayoría de personas se han puesto libremente de acuerdo en proteger determinado valor, y a la vez mantener que tal valor no es un valor de la vida humana. El mero interés generalizado en determinada cuestión hace que la misma sea importante para el hombre; y si tal cuestión no parece responder a beneficios inmediatos indicará un grado de altruismo social que justificaría ese calificativo de sociedad más humana a la que he apelado.

Desde la opción a la que me he sumado, a los valores se les exigía para poder ser considerados bienes jurídico-

---

fundamentos del derecho recibido, si en ellos se acogen principios incompatibles con una adecuada concepción de la legitimidad. Sostener lo contrario es tanto como admitir la "congelación" de la legitimidad, que es constitutivamente una cuestión abierta y abocar la evolución jurídica a un destino catastrófico". *Ibid.* p. 7.

Y no olvidemos que en este caso estamos hablando de una Constitución democrática, donde la legitimidad de la misma se debe encontrar en el respeto a la voluntad de la mayoría. Cfr. *ibid.* p. 3 en nota al pie.

penales, además de que estuvieran protegidos por el Derecho, que se tratara de valores de la vida humana. Pues bien, con el discurso que estoy manteniendo, todo valor protegido por un Derecho con el respaldo de voluntades mayoritarias libremente formadas sale reforzado en su consideración como valor de la vida humana; y con ello a su vez se evidencia el referente personal que necesariamente subyace en aquellos bienes jurídicos que se vienen considerando como supraindividuales o colectivos.

Desde este entendimiento es desde el que pongo como presupuesto de toda tipificación penal la necesidad de que siempre estén presentes bienes jurídicos personales; con ello, y a modo de bucle de retroalimentación, resalto de nuevo la necesidad de que lo que se imponga no sea otra cosa que lo que la mayoría de las personas quieran, siempre, claro está, que su voluntad esté libremente formada.

Las anteriores manifestaciones se encuentran a nado entre lo que serían consideraciones de deber ser y de ser, y ello precisamente por haber evidenciado las deficiencias de nuestra actual legitimidad democrática, pese a reconocerla preferible a cualquier otra. El camino más directo parece que es, por un lado el ir profundizando en los mecanismos de democracia directa en la medida que lo

posible, y por otro el de prestar especial atención a las políticas de educación e información, sin que esto último suponga desconocer los equilibrios que habrá que hacer para respetar el pluralismo (político y cultural) así como la propia libertad de expresión. En todo caso, creo que en las manos de todos y cada uno está el ir avanzando por la senda de la actual estructura democrática. En las nuestras está, por ejemplo, el elaborar construcciones teóricas que faciliten el respeto a la persona.

Por ello, para evitar el riesgo de caer en las consecuencias que facilitan los planteamientos funcionalistas y a la vez responder a las nuevas demandas de la sociedad, me muestro partidario de los bienes jurídicos colectivos, pero sólo en la medida en la que detrás de los mismos encontremos un bien jurídico individual como referente,<sup>107</sup> al que, pese a poder acudir de forma "directa", se renuncie por entender que en la práctica resulta más útil la previsión autónoma del bien colectivo.

Y ello será más útil en los casos en los que, por las razones que se verán en su momento, aun siendo posible la apreciación de un mínimo contenido de injusto para el bien

---

<sup>107</sup> Para denominar a este tipo de bienes jurídicos voy a utilizar la expresión: "de referente individual", la cual está tomada de: DOVAL PAIS A.: Delitos de Fraude Alimentario, op. cit., pp. 250 y ss.

jurídico que sirva de referente individual al bien jurídico supraindividual cuya admisibilidad nos estemos cuestionando, se sepa que la indagación del mismo en el caso concreto no va a aportar nada. Entonces es cuando convendrá dotar de autonomía al bien jurídico colectivo.<sup>108</sup> Autonomía que obviamente se deberá entender en un sentido débil, pues como se puede apreciar, requiere siempre del respaldo de un referente individual.

En los casos en los que planteándonos la posibilidad de articular un bien jurídico colectivo se acabe optando por acudir directamente al bien jurídico individual que le sirva de referente, ello requerirá adoptar la técnica de los delitos de peligro; la cual tendrá que permitirnos hallar en el referente individual un contenido de injusto mínimo como para habilitar por sí sólo la entrada del Derecho penal.

Mi opción implica, por tanto, una posición favorable a la creación de delitos de peligro con la finalidad de restringir al máximo los bienes supraindividuales. Dicho esto, he de dejar constancia a continuación de que abogo por un entendimiento del peligro lo más garantista posible, como espero poder hacerme entender en el capítulo siguiente.

---

<sup>108</sup> Vid. *infra* el epígrafe dedicado a los bienes jurídicos difusos.

#### **2.2.4 - Conclusión respecto de la seguridad colectiva como bien jurídico protegido en los delitos de incendio**

Si intentamos pasar los delitos de incendio por el tupido filtro que para la admisión de bienes jurídicos colectivos representa la opción que he adoptado, se comprobará en seguida que la seguridad colectiva no encuentra holgura por donde atravesarlo.

Como tuvimos ocasión de ver, las dificultades para definir la seguridad colectiva de manera que integrara la totalidad de las conductas bajo tal rúbrica ubicadas, nos llevaba a hablar de tranquilidad colectiva, aumentando de este modo la carga subjetiva de este presunto bien jurídico colectivo.

En esta línea, la opción por acudir a los bienes individuales que se esconden tras la referencia a la seguridad colectiva, a la vez que la renuncia a la misma como bien jurídico autónomo, tiene claros partidarios en la doctrina; así, en la consideración de Orts:

"En el título XVII se alojan unos delitos tan dispares que resulta casi imposible encontrar puntos de unión entre todos ellos, como no sea el riesgo que comporta su realización para diferentes bienes



jurídicos particularmente valiosos, tales como la vida o la salud,..."<sup>109</sup>

También Prats Canut se muestra claramente a favor de la opción por los bienes jurídicos personales en sede de seguridad colectiva, y en concreto en sede de incendios; así, tras considerar preferible la nueva ubicación sistemática de los delitos de incendio en el actual Código, fuera de los delitos patrimoniales, no puede dejar de señalar la falta de concreción de la que adolece el bien jurídico seguridad colectiva, considerando que nos encontramos ante:

"...un cúmulo de conductas caracterizadas por el riesgo que en sí mismas suponen para otros bienes jurídicos personalísimos, vida, integridad física, patrimonio, etc. ..., bienes mediatos no explicitados, salvo con algunas referencias, en los tipos específicos de los delitos contra la seguridad colectiva."<sup>110</sup>

Por otro lado, y como se verá más adelante, en todos los tipos de incendio se puede acudir a bienes jurídicos individuales para integrar su contenido de injusto. Pero ese dato por sí sólo no es suficiente para desterrar la conveniencia de configurar un bien jurídico colectivo, pues, como he dicho, entiendo que ello es/debería ser

---

<sup>109</sup> ORTS BERENGUER, E., en Vives/Boix/Orts/Carbonell/Cussac: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 655

<sup>110</sup> Vid. PRATS CANUT, J.M., en AAVV: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., op. cit., p. 975.

condición absolutamente necesaria para poder articular cualquier bien jurídico penal, incluidos los colectivos.

Lo verdaderamente relevante será que de la indagación que se realice buscando los concretos referentes individuales afectados podrá llegarse, en su caso, a la conclusión de la ausencia de contenido de injusto para los mismos, y ante tal eventualidad, la indagación será sencillamente necesaria, razón por la que debemos renunciar a conformarnos con la configuración de la seguridad/tranquilidad colectiva como bien jurídico protegido por los delitos de incendio.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Tal y como se entenderán los bienes jurídicos difusos, la tranquilidad colectiva podría articularse como uno de ellos. Piénsese en un delito del artículo 345 NCP, que sanciona entre otras conductas la posesión y transporte de materiales nucleares sin autorización. Si tales hechos son capaces de entenderse como atentatorios contra la tranquilidad colectiva, lo será porque con la realización de los mismos normalmente se pondrá en peligro la vida o salud de algunas de las personas que vayan entrando en el círculo de influencia de esos materiales. Pues bien, dado el fuerte componente de subjetividad que acompaña al concepto de tranquilidad, y la influencia que en una tranquilidad calificada de colectiva pueden tener acontecimientos totalmente ajenos a las conductas de los autores de las conductas típicas indicadas, como por ejemplo informaciones sensacionalistas de los medios de comunicación de masas, la constatación de la presencia real de un tal peligro actuaría como factor "objetivo" que justificaría la afectación de la tranquilidad de una colectividad de personas como consecuencia, precisamente, de las conductas típicas comentadas.

Por todo ello no creo que en estos casos, ni en el del resto de tipos incluidos bajo la rúbrica de los delitos contra la seguridad colectiva, sea necesario (ni conveniente) configurar el bien jurídico en atención al concepto de tranquilidad, sino antes bien en relación con la vida o salud de las personas concretas.

**EXCURSO: La tranquilidad pública como bien jurídico  
protegido en los incendios según la doctrina italiana**

**a) El programa de Carrara**

La consideración de la afección de la tranquilidad pública como característica esencial de los incendios se encuentra muy arraigada en Italia; ya Carrara, tras efectuar un recorrido por los distintos intentos de definir el concepto de incendio, concluyó como más acertada la siguiente definición: "Incendio es el delito por el cual se excita un fuego peligroso", señalando que:

"el peligro ... expresa la característica que constituye el título de incendio como delito contra la tranquilidad pública, pues si para que esta sea perturbada no es necesario el daño universal efectivo, sí es indispensable por lo menos la potencialidad de un daño extensible a un número indefinido de ciudadanos."<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> CARRARA, F.: Programma..., op. cit., pp. 211 y 212.

No obstante, páginas antes, Carrara manifestaba: "El verdadero sitio de este delito... y su verdadero criterio están en el espanto que suscita el incendio y en el peligro que puede ofrecer según las diversas condiciones de los casos. Hay en él *daño inmediato particular efectivo*, por lo que es en sí mismo; *daño inmediato universal efectivo*, dada la conmoción de los ánimos por el peligro actual, que es violación del derecho a la tranquilidad pública; hay *daño inmediato universal potencial*, por el peligro de las cosas y aun de las vidas humanas; variable, según los casos, en su cantidad natural; *indefinido*,

Además, a continuación indica que el peligro en la definición dada, no va acompañado de adjetivo alguno, por lo que:

"...se refiere tanto al peligro de las personas como al de las propiedades...; también el solo peligro de la propiedad inherente a una llama excitada en condiciones de poder durar y extenderse indefinidamente, recae bajo el objeto jurídico de la tranquilidad pública, ..." <sup>113</sup>.

Para Carrara esta tranquilidad pública se ofende con:

"...aquellos hechos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos alguna concitación de emociones de dolor o de miedo, de las cuales se sigue la agitación de una multitud." <sup>114</sup>

Y como por otra parte considera que:

"Todo delito disminuye más o menos ... la opinión de la seguridad en un número indefinido de ciudadanos, y posiblemente en todos... En este sentido, puede decirse que todos los delitos ofenden la tranquilidad pública; ... efecto común a todos los delitos, de excitar en los

---

no refrenable por el incendiario, pero siempre real y presente; y hay daño *mediato*, común a todos los delitos, por el temor a que el hecho se repita." (*Ibid.*, p. 203.) Se puede apreciar como aquí sí considera que el incendio representa o requiere un daño inmediato universal efectivo, y no sólo potencial.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pp. 212 y 213.

asociados un sentimiento de temor suscitado al prever la probable repetición de ese hecho; y esto no será sino un daño *mediato*.”<sup>115</sup>

Por tanto cuando se alude a que un delito determinado atenta contra la tranquilidad pública se querrá decir algo más; así, Carrara señala que existe una clase especial de delitos en la medida en la que:

“... la conmoción indefinida de los ánimos y la agitación subsiguiente de las multitudes procedan de condiciones intrínsecas del hecho mismo, en cuanto surja de ellas el sentimiento del propio peligro por las posibles consecuencias del hecho sin tener en cuenta la previsión de que puedan repetirse en el futuro. Entonces esta conmoción indefinida de las multitudes representa un verdadero daño *inmediato*, ... Para este efecto es necesario que la conmoción de un número indefinido de ciudadanos sea consecuencia ordinaria y constante de la índole misma del hecho,...”<sup>116</sup>

Para más adelante, y en relación al tema que nos ocupa, manifestar que:

“La conmoción de una multitud indeterminada de ciudadanos, y posiblemente de todos, es el efecto inmediato y constante

---

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>116</sup> *Ibid.*, pp. 160, 161 y 162.

de aquellos delitos que se consuman con un medio que no puede refrenar la mano del culpable, ni puede ser limitado por él dentro del ámbito de la ofensa al individuo agredido, porque ese medio, por su propia naturaleza, pone en peligro inmediato los derechos de un número más o menos grande, pero siempre indefinido, de otros ciudadanos, aunque no hayan sido intencionadamente agredidos por el delincuente.

Esta característica se encuentra primordialmente en el *incendio*, que una vez procurado por mano perversa, puede extenderse, por circunstancias atmosféricas o por condiciones locales, y destruir toda una región o íntegra una ciudad,..."<sup>117</sup>

Conviene destacar que aunque se acaba por aludir a que el número de personas cuya tranquilidad se ve afectada puede ser mayor o menor, previamente siempre se alude a que se trata de una multitud. Multitud que dado el entendimiento de la consumación en los incendios que, como en seguida veremos, mantiene el citado autor, no es ni de lejos necesaria, como por otra parte así se pone de manifiesto en los ejemplos que él mismo pone.

Así, cuando entra a comentar los delitos de incendio específicamente, y más concretamente en sede de *iter criminis*, al criticar a quienes pretenden que en los

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 164 y 165.

incendios se castiguen con igual pena tentativa y consumación, manifiesta que:

"...como el objeto jurídico predominante en el incendio no es el derecho de propiedad, sino la tranquilidad pública, y la lesión de este derecho universal queda agotada con sólo aplicar el fuego, por ello en esta aplicación se encuentra cuanto basta para infligir toda la pena ordinaria, no porque la tentativa se castigue a la par del delito consumado, sino porque en ese hecho ya no se ve una simple tentativa, sino un delito perfecto."<sup>118</sup> Por tanto: "...para poder decir que ha quedado como tentativa, es preciso que todavía no se les haya prendido fuego a los objetos que se quería incendiar."<sup>119</sup>

Todo ello le lleva a considerar que hay incendio en grado de tentativa cuando se arroja un tizón ardiente dentro de una casa, pero éste es insuficiente para comunicar el fuego a los muebles y enseres de la misma, consumiéndose él solo; en cambio considera incendio consumado si el fuego ha prendido en los muebles, aunque todavía no se hubiera comunicado a las puertas por acudir vecinos que lo apagarán, "pues se excitó un fuego peligroso".<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, p.245.

<sup>119</sup> *Ibidem.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, pp. 247 y 248.

Si según mantiene el citado autor, para que un delito pertenezca a esa clase especial de delitos que en sentido estricto afectan a la tranquilidad pública (como considera que es el caso de los incendios), es necesario que la afección de la misma se opere no como consecuencia del miedo a que se repitan conductas similares, sino que la conmoción de los ánimos tiene que ser la consecuencia ordinaria y constante de un tal delito y por características intrínsecas al mismo, y ahora nos dice que basta con el hecho de que las llamas prendan en el objeto a incendiar para entender consumado el incendio; deberemos entender que con tal conducta ya se ha visto afectada la tranquilidad pública, y que ello además es intrínseco a esas llamas iniciales.

No obstante, para Carrara no todo fuego es sinónimo de incendio; así, se muestra muy crítico con la definición de incendio como "daño en cosa ajena por medio del fuego", entre otras cosas porque con ella se comprende más de lo definido al considerar incendio "...la simple ustión; que no es incendio, y está muy lejos de serlo, por cualquier aspecto que se la considere."<sup>121</sup> Consideración esta que queda prácticamente reducida a la nada, según mi parecer, cuando criticando la definición de incendio anterior señala

---

<sup>121</sup> Ibid., pp. 205 y 206.



que la misma, por otra parte, deja auténticos incendios fuera de la definición, "... porque siendo ya doctrina unánime que el incendio agota su esencia al aplicarse fuego, aun antes de la realidad de un daño, dejó fuera de la definición todos los incendios consumados que no han sido todavía causa de daño."<sup>122</sup>

Por tanto, aunque no todo fuego debe ser considerado como incendio, bastan unas pocas llamas iniciales, incluso aunque no lleguen a causar daño alguno (caso de ser ello posible, y teniendo además, como también antes se señaló, capacidad de extenderse y durar indefinidamente), para poder aseverar que se ha afectado la tranquilidad pública, y en consecuencia entender que estamos ante un auténtico incendio.

Entonces, ¿dónde está realmente para Carrara la frontera entre la mera quema y el incendio? Bien pueden servir las siguientes palabras como respuesta "teórica" a la cuestión:

"La índole especial del delito de incendio está en el peligro que ocasiona el fuego al levantarse en llamas; cuando le falta al fuego poder para levantarse en llamas, no ocurre ese peligro, y no se tiene incendio, sino una simple ustión (quema), que no sale del daño en cosa ajena ordinario."<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> Ibid., p. 206.

Esta "respuesta", que según se entienda puede considerarse acertada, cuando llega el momento de concretarse en ejemplos, queda muy empobrecida; cosa que no debe extrañarnos tras todas las referencias y reflexiones que se han ido efectuando en las últimas páginas; así, Carrara considera que no se puede entender como incendio el ensuciar la puerta recién pintada de un vecino con un cigarrillo encendido, ni el utilizar dicho cigarrillo para deteriorar un vestido, ni incluso secar una planta quemándole la corteza.<sup>124</sup>

Dada la decisiva influencia de Carrara en el desarrollo de la ciencia penal, el excesivo abuso de las citas del mismo, ha tenido por objeto, por un lado el destacar la falta de concreción que representa el propio concepto de tranquilidad pública, incluso para aquellos que aceptan un tal concepto como válido para delimitar un objeto jurídico de protección penal: - se habla de un número mayor o menor de personas afectadas, pero siempre indefinido, a la par que se alude constantemente a las multitudes; - a veces se dice que basta la potencialidad de la afectación de los ánimos, y otras que es necesaria una tal afectación. Y por otra parte, el intentar poner de manifiesto como a mitad

---

<sup>124</sup> Cfr. *Ibidem*.

del siglo XIX, y pese a admitirse ya la necesidad de distinguir claramente entre quemar e incendiar, no se estaba todavía en condiciones de dar el salto en la práctica a la hora de considerar un fuego como quema y no como incendio, pues el fuego seguía percibiéndose como el más poderoso de los medios de destrucción, considerándose por tanto inopinadamente que la tranquilidad pública era el objeto de protección de los delitos de incendio. No de otro modo podía ser cuando, como se ha visto antes, para destacar el incendio como prototipo del grupo de delitos que atentan contra la tranquilidad pública se consideraba que el fuego una vez excitado podía destruir toda una ciudad; o cuando más gráficamente, en otro pasaje, se señala que:

"...el peligro de una llama es incomparablemente incontenible en los pueblos donde las casas se hacen de madera o se cubren con paja, ya que ante este acervo de combustibles, la mano del hombre difícilmente podrá detener la llama, una vez que haya prendido,..."<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Ibid., p. 216.

## **b) El Código Sardo-Italiano**

Otra crítica al concepto de tranquilidad pública la encontramos en Pessina, quien entiende que lo destacable en el grupo de delitos que se vienen incluyendo bajo una tal denominación es el hecho de tratarse de una categoría de delitos que atentan contra los intereses legítimos de la sociedad, y más concretamente contra el derecho de todos a permanecer inmunes frente a los desastres; por tanto lo relevante es la idea de seguridad de las personas frente a posibles desastres, y no la idea de tranquilidad que se encuentra cargada de aspectos subjetivos, pues mientras unos pueden sentirse intranquilos pese a no haber peligro real, otros se encontrarán confiados siendo que el desastre les acecha. Por todo lo anterior Pessina prefiere para estos delitos la denominación de delitos de peligro común; y además señala el incendio como ejemplo revelador de delito en el que se manifiesta ese peligro.<sup>126</sup>

Esto último es sumamente interesante pues estas observaciones las efectúa Pessina, ya no en abstracto, aludiendo a una genérica ciencia del derecho penal al estilo de Carrara, sino refiriéndolas al Código Sardo-Italiano de 1859; Código en el que los incendios se

---

<sup>126</sup> Cfr. Pessina, E., *Elementi di Diritto Penale*, V. II, Nápoles, 1883, pp. 397 y 398.

encontraban dentro de los delitos contra la propiedad<sup>127</sup>, lo cual como se acaba de indicar no fue obstáculo para que Pessina los erigiera en prototipo de los delitos de peligro común. Cosa nada extraña si observamos que para el citado autor incendio es el "fuego ingente que estalla en llamas devoradoras y se propaga en una amplia zona, destruyendo todo lo que encuentra a su paso"<sup>128</sup>; lo que le lleva, ante la ausencia de definición en la legislación italiana de lo que a efectos penales debiéramos entender por incendio, a considerar que lo común a toda la clase de incendios penados en el Código que comenta es: "la excitación de un fuego ingente que amenace la propiedad o las personas."<sup>129</sup>

No obstante, si una tal concepción del incendio a efectos penales la sometemos al banco de pruebas que representa la determinación del momento de la consumación del delito, podremos observar si la sustitución de la idea de tranquilidad pública por la de peligro común realmente se trasluce en la práctica en alguna consecuencia divergente.

---

<sup>127</sup> Dentro del Título X del Libro II, artículos 650 y ss., mientras que la rúbrica alusiva a los delitos contra la tranquilidad pública encabezaba el Título VIII de ese mismo Libro.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 399.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 404.

Pues bien, Pessina, tras destacar la falta de acuerdo respecto de la cuestión del momento de la consumación de los incendios, acaba por acoger la opción antes vista de Carrara; es decir, el delito se tendrá por consumado cuando el fuego se haya aplicado al objeto que quería incendiarse.<sup>130</sup> Pero, añade Pessina, siempre que tal doctrina sea bien entendida. Entiende el citado autor que ello es así cuando el fuego ha prendido en el objeto que se quiere destruir de tal forma que ya no se apaga por sí sólo; pero, a continuación va un poco más lejos y termina por sumarse a la opinión que requiere que, sin ser necesario para la consumación que el objeto se haya destruido totalmente, si en cambio es necesario que éste haya ardido en una parte no insignificante, de tal manera que se pueda afirmar que ha comenzado su destrucción.<sup>131</sup>

Pues bien, como se puede observar, el momento de la consumación se ha postergado en relación con el

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>131</sup> *Ibid.*, pp. 408, 409 y 410. Esgrime, además, en estas páginas, un argumento nuevo que justificaría este posicionamiento; se trata del relativo a la constatación de la ausencia de previsión en el Código penal italiano de 1859 de un supuesto similar al que se contenía en el anterior § 310 del StGB, que eximía de pena al autor de un incendio que impedía la propagación del mismo. Ante tal ausencia, considera Pessina, que para evitar absurdos en la interpretación de la ley es conveniente entender las conducta de aplicar el fuego (que es la requerida en la mayoría de los tipos de incendio en el Código italiano de 1859), en el sentido de exigir que al menos el daño producido por el fuego en el objeto a destruir no lo sea en una parte mínima del mismo.

entendimiento de Carrara al respecto; aunque tal postergación no es excesiva, y por tanto sigue sin encajar con el concepto que tanto Carrara como Pessina hacen del incendio como fuego ingente. Si bien esto último es menos preocupante en el caso de Pessina, dada la relevancia que, como se ha visto, da a la idea de seguridad de las personas, como objeto de protección de estos delitos, frente a la de tranquilidad pública que gobernaba en Carrara.

### **c) El Código Zanardelli**

La entrada en vigor del Código "Zanardelli" , en 1889, representa un cambio sustancial en la regulación de los delitos de incendio. Estos pasan ahora a encontrarse regulados bajo la novedosa rúbrica: "De los delitos contra la incolumidad pública"<sup>132</sup>, la cual en palabras de Manzini consiste:

"...en el complejo de las condiciones, garantizadas por el ordenamiento jurídico, que constituyen la seguridad de la vida, la integridad personal, la sanidad, el bienestar y la propiedad, como bienes de todos y de cada uno, con

---

<sup>132</sup> Vid. Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, Volumen I, Bologna, 1988, reimpresión de 1997, p. 367.

independencia de su pertenencia a determinados individuos."<sup>133</sup>

Las notas de colectividad y de indeterminación de los sujetos afectados son la que dan autonomía a estos delitos frente a los delitos contra las personas y a algunos delitos contra la propiedad, continúa resaltando Manzini.<sup>134</sup>

Estos delitos contra la incolumidad pública se integran en el Código italiano en tres capítulos, el primero dedicado a los delitos de peligro común (incendio, inundación, sumersión, y otros); el segundo relativo a los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de las comunicaciones; y el tercero relativo a los delitos contra la sanidad y la alimentación pública. Como se observa los incendios se encuentran entre los delitos de peligro común, lo que supone que debe representar un atentado contra la seguridad colectiva; es decir, contra un número relevante de personas o de cosas indeterminadas, según el entendimiento de Manzini al interpretar este Código.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen VI, Torino, 1922, p. 349.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> Cfr. *Ibid.* pp. 350 y 351. Señalar que las referencias al peligro común no prejuzgan en la doctrina italiana nada acerca de la naturaleza presunta o no de un tal peligro, siendo posibles ambas opciones, como el propio Manzini manifiesta en las páginas que en esta misma nota se indican: "Peligro común es la posibilidad o la probabilidad, que se presume por la Ley o que el juez verifica objetiva y subjetivamente,..."



Por tanto, hemos pasado de hablar de tranquilidad pública a hablar de incolumidad pública, y dentro de ésta, en lo que a los incendios se refiere, a identificarla con la noción de peligro común, noción esta última que ya con anterioridad a este Código vimos como Pessina entendía que era la adecuada para clasificar los delitos de incendio, pese a su anterior ubicación en sede de delitos contra la propiedad.

Hay que observar además, que hasta el momento la idea de peligro común viene refiriéndose no sólo al peligro para personas, sino también para las cosas. En el Código de 1859 por la propia ubicación de los incendios entre los delitos contra la propiedad, y en este Código de 1889 porque la redacción de los tipos favorece un tal entendimiento.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Así, el artículo 300 del último Código citado, que regula el que podemos llamar tipo básico de incendio, tenía la siguiente dicción:

"El que aplica fuego a un edificio o a una construcción de cualquiera naturaleza, a los productos del suelo todavía no recolectados, o bien a montones o depósitos de materias combustible, es penado con reclusión de tres a siete años. La reclusión es de cinco a diez años, si el fuego se ha aplicado a edificios destinados a la habitación, o a edificios públicos o destinados a uso público, a fines de pública utilidad o al ejercicio de un culto, o a talleres industriales, a depósitos de mercancías, a depósitos de materias inflamables o explosivas, a astilleros, a vehículos de vía férrea, a cuevas, a minas o a bosques."

No haciéndose referencia expresa al peligro para las personas, sino en el artículo 309, y a los solos efectos de agravar las penas:

"Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos precedentes haya producido peligro para la vida de las personas, la pena en ellos establecida es aumentada en la mitad."

No obstante, la opinión de Carrara que vimos con anterioridad, relativa a la posibilidad de afección de -en aquel caso- la tranquilidad pública, derivada exclusivamente del peligro que el incendio pudiera representar para la propiedad, se ve ahora matizada en parte. Así, Manzini, tras haber manifestado, como acabamos de ver, que la incolumidad pública se ve integrada entre otras por las condiciones jurídicas que garantizan la propiedad, entendida ésta como bien de todos en el sentido antes indicado, al hablar en concreto de los delitos de incendio especifica que:

"... el incendio es un delito contra la incolumidad pública cuando expone a peligro a una o más personas, o cuando el fuego amenaza con difundirse a otras cosas de aquella incendiada. Aunque en este segundo caso, realmente, la seguridad de la convivencia civil se ve afectada porque la cosa incendiada, esté o no en contacto inmediato con personas, representa, no tanto un objeto de propiedad, sino más bien un medio indispensable para la convivencia social, pudiendo reconocerse en el peligro inmediato para la cosa un peligro mediato para las personas."<sup>137</sup>

---

Por tanto, dada la concreta regulación, parece que fuera más necesario justificar que el peligro común viene referido también a las personas, además a las cosas.

<sup>137</sup> Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen VI, Torino, 1922, p. 355.

Una vez matizada la afirmación inicial de la creación de un peligro común por la mera amenaza de la propiedad, resulta interesante el análisis del artículo 310 del Código de 1889 en orden a confirmar el carácter esencial que tiene en los incendios el peligro común; y esto, al margen del hecho de que su ubicación sistemática en este Código así lo avale, pues en contra jugaría el texto del tipo básico de incendio - art. 300, anteriormente transcrito en nota a pie de página-, en el que nada se dice al respecto.

En tal artículo 310 se distingue expresamente entre el incendio de cosas de no leve entidad y el de cosas de leve entidad, recibiendo ambos supuestos un tratamiento significativamente distinto, a la vez que esclarecedor de la relevancia del peligro en los delitos de incendio.

En primer lugar hay que señalar que, la determinación de lo que deba entenderse por cosas de leve y no leve entidad, corresponderá en última instancia al juzgador; si bien para ello no se deberá atender al valor del daño que se haya ocasionado (sea éste escaso -p. ej. si se quema película de celuloide en un cine estando la sala llena-, o cuantioso -p. ej. si se quema un cuadro de Rafael o un Códice antiguo-), sino que se tendrá que deducir de la

dimensión, superficie, cantidad, ... del objeto en cuestión.<sup>138</sup>

Pues bien, en el caso de tratarse de una cosa de no leve entidad, el peligro se presume *iuris et de iure*; en cambio, si se llega a la conclusión de que se trata de una cosa de leve entidad, habrá que investigar si realmente hubo peligro para las personas o las cosas. Caso de llegar a una conclusión afirmativa el hecho en cuestión se sancionará como delito de incendio, caso contrario se deberá acudir a sede de delitos de daño.<sup>139</sup>

Llegados a este punto, y aunque nos falte una definición expresa por parte de Manzini de lo que debamos entender por incendio, podemos acudir a su entendimiento de la consumación en estos delitos; ahora no para contrastarlo con esa ausente definición, pero sí para ver como se plasma esa exigencia de peligro antes señalada.

Hemos de partir de la conducta que requiere el tipo básico de incendio en este Código de 1889. El artículo 300, antes transcrito, habla de aplicar fuego; pues bien, Manzini entiende que el incendio se debe tener por consumado desde el momento en que comienza a arder el objeto previsto en el texto de la ley, cualquiera que sea posteriormente la suerte del fuego. Además entiende que

---

<sup>138</sup> Cfr. *Ibid.* pp. 355 y ss.

<sup>139</sup> *Ibidem.*

resulta indistinto que el arder lo sea mediante un mero y lento abrasamiento o a través de llamas devoradoras. Todo ello le lleva a manifestar que no es necesario, por tanto, la presencia de un "verdadero y propio incendio", dado que la ley sólo exige que sea "aplicado el fuego". Este entendimiento tan adelantado del momento de la consumación le lleva incluso a entender que no es posible la tentativa en los delitos de incendio.<sup>140</sup>

Pero es más, incluso llega a manifestar que para la consumación ni siquiera es necesario que se dé el requisito de la presencia de un peligro común, por entender que éste

---

<sup>140</sup> Vid. *Ibid.* p. 364.

En lo relativo a la negación de la posibilidad de la tentativa en los incendios, Manzini manifiesta lo siguiente: "No es jurídicamente admisible la tentativa, porque es indispensable para la noción de un delito contra la incolumidad pública, que surja un peligro común, el cual no puede evidentemente presentarse si primero el fuego no ha sido aplicado, o sea, si el delito no ha sido consumado." *Ibidem*.

Tal planteamiento, obviamente, se muestra coherente con el entendimiento de la consumación que con carácter general mantiene Manzini en la misma obra; en virtud del cual critica entre otras posiciones la de aquellos que exigen para la misma la lesión del derecho (del bien) tutelado por la concreta norma penal. Frente a los que mantienen tal posición argumenta, entre otras cosas, que precisamente ya la tentativa punible ofende, aunque en menor grado que el delito consumado, los intereses protegidos por la norma penal. Así las cosas, la consumación vendrá determinada para Manzini cuando en los hechos objeto de la norma incriminadora se den enteramente todos los elementos que la misma exija. (Posición que se desprende casi literalmente del art. 42 del Código penal Toscano de 1853). Cfr. Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen II, Torino, 1920, pp. 260 y 261.

puede también verificarse con posterioridad a la consumación.<sup>141</sup>

Si intentamos cohesionar el conjunto de las ideas de Manzini que se acaban de exponer, nos encontraremos, a mi entender, con graves contradicciones. Así, entre otros argumentos, tras la comparación de los artículos 300 y 310 del Código de 1889, hemos visto que mantiene que el peligro común es esencial en los incendios; pero, por otra parte, y basándose en la conducta típica que aparece en el citado artículo 300, afirma que estos delitos se pueden consumir aún antes de la presencia de un tal peligro. Todo ello,

---

<sup>141</sup> Vid. Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen VI, Torino, 1922, p. 364.

A lo dicho en la nota anterior hay que añadir que aunque Manzini considera que la idea de peligro ha sido uno de los motivos que han llevado al legislador a incriminar la tentativa, en su opinión tal idea no justifica la punición de la misma por entender que la propia noción de tentativa implica que el peligro de la consumación se ha evitado y que no subsiste. La única justificación válida que encuentra para la punición de la tentativa, excluida también la posibilidad de fundamentarla en la idea de alarma social, es la de que constituye una violación voluntaria de un precepto penal. Cfr. Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen II, Torino, 1920, pp. 264 y ss.

Pues bien, si la tentativa ya ofende a los intereses que la norma penal quiere proteger, y si tal ofensa no es otra que la de un peligro que por haber desaparecido ya no sirve para justificar la punición de la misma, no se comprende muy bien por qué en los incendios no cabe. Tan sólo se me ocurre que desde la íntima convicción de que a todo incendio acompaña necesariamente el requerido peligro común, hace que, como para la contravención de la Ley (que es el criterio que como acabamos de ver justifica para este autor la punición de la tentativa), es necesario exteriorizar la conducta típica, en este caso la aplicación del fuego, tal momento coincidirá con la aparición del citado peligro común, o en todo caso el mismo no tardará en aparecer. Sólo así se puede comprender que para Manzini no sea necesario el peligro común para entender consumados los incendios.

unido a su negativa a la admisión de la tentativa en esta sede, parece tener como explicación íntima la percepción de un gran peligro en prácticamente todo fuego. Las siguientes palabras del propio Manzini, aunque referidas únicamente al incendio de cosas de no leve entidad, así lo avalarían:

"El peligro para la incolumidad pública, o sea el peligro para las personas o para las cosas, se presume legislativamente de forma absoluta cuando la cosa incendiada es de no leve entidad,...porque el incendio de una cosa de tal clase presenta siempre el mencionado peligro, sea por su duración, difusión o posibilidad de difusión (que encuentra alimento en la cosa misma); sea también, y prescindiendo de la eventualidad de personas que se encontraran en contacto con la cosa incendiada, por las personas que por obligación o por generosidad acudieran a prestar ayuda contra el fuego; sea finalmente porque aplicado el fuego a cosa que pueda alimentarlo por algún tiempo, se pueden derivar las más desastrosas consecuencias por la acción de agentes atmosféricos o por otra energía extraña a la actuación del incendiario y no susceptibles de rápida y eficaz coerción."<sup>142</sup>

Como se ha indicado, en estas líneas Manzini se está refiriendo a los supuestos de incendios de cosas de no leve entidad, supuestos en los que, como también ya se ha dicho, se interpretaba que el Código de 1889 establecía una presunción absoluta de peligro común. Para tales supuestos

---

<sup>142</sup> Vid. Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen VI, Torino, 1922, p. 356.

no se plantean excesivos problemas con las afirmaciones relativas a que para la consumación no tiene por qué tratarse de un verdadero incendio, y a la no necesidad previa del peligro común, y ello en la medida en la que un tal peligro lo considera inherente a tales conductas.

En cambio este entendimiento de la consumación en los incendios resulta claramente incompatible con aquellos supuestos donde las cosas incendiadas lo son de leve entidad, pues en ellos la percepción íntima del peligro común a que antes he aludido no se presenta tan clara, debiendo en tal caso procederse a la efectiva comprobación de la presencia del peligro, y por tanto no siendo posible en ellos el entendimiento de la consumación que hemos visto mantenía Manzini.<sup>143</sup>

#### **d) Recapitulación**

Hasta estos momentos he comentado las ideas de Carrara - en su programa de Derecho penal-, las de Pessina - referidas al Código Sardo-Italiano de 1859- y las de Manzini -en relación con el Código italiano de 1889-. En esta evolución cronológica se puede apreciar como la idea

---

<sup>143</sup> Vid. *supra* nota a pie de página num. ---



que se tiene de los incendios condiciona claramente las conclusiones dogmáticas que se extraen, en su caso, de los diferentes textos legislativos. Así, lo diga la correspondiente rúbrica o no, el objeto a proteger es la tranquilidad pública o la incolumidad pública en su vertiente de peligro común; y así también, tales bienes se ven atacados necesariamente desde el mismo comienzo del fuego. No obstante, tanto Carrara, por su concepto de incendio, por su consiguiente entendimiento de la tranquilidad pública como principal objeto de protección en los incendios, a la vez que por su no limitación por texto legal alguno; como Manzini, por la inclusión expresa de estos delitos bajo la rúbrica del peligro común y la posibilidad interpretativa que le ofrecía la distinción del Código de 1889 entre incendio de cosas de leve y no leve entidad; podían haber llegado a conclusiones bien distintas en sede de *iter criminis*, verdadero banco de pruebas para confirmar lo que se deba o no entender por incendio a efectos penales. Distinto es el caso de Pessina, quien pese a encontrarse los incendios en el Código de 1859 entre los delitos contra la propiedad, los clasifica expresamente entre los de peligro común; y además, aun encontrándose limitado por las concretas conductas típicas consistentes en aplicar el fuego directa o indirectamente a determinados objetos, intenta retrasar el momento de la consumación a la

necesidad de que el fuego hubiera destruido una parte no insignificante del objeto en cuestión.

#### **e) El Código Rocco**

Llegados a este punto, y una vez entrado en vigor el Código italiano de 1930 (el llamado Código Rocco), la situación va a cambiar sustancialmente. En este nuevo Código los delitos de incendio los vamos a encontrar de nuevo en el Título dedicado a los delitos contra la incolumidad pública, resultando los artículos 423 y 424 cruciales para los nuevos planteamientos que se van a mantener:

**Artículo 423: Incendio.-** "El que ocasione un incendio será castigado con reclusión de tres a siete años.

Se aplicará también la disposición precedente en caso de incendio de cosas propias, si del hecho se sigue peligro para la incolumidad pública".

**Artículo 424: Daños seguidos de incendio.-** "El que, con el fin de causarles daño a cosas ajenas, aplique fuego a una cosa propia o ajena, será castigado, si del hecho se sigue peligro de incendio, con reclusión de seis meses a dos años.

Si se siguiere incendio, se aplicarán las disposiciones del artículo precedente, pero la pena se reducirá de una tercera parte a la mitad."

La primera cuestión a destacar es la mayoritaria consideración del concepto de incolumidad pública como únicamente atentatorio contra las personas, y no contra las personas y la propiedad como se mantenía con anterioridad.<sup>144</sup>

Así, el propio Manzini, comentando en esta ocasión el nuevo Código italiano, describe la incolumidad pública con idénticas palabras a las que vimos lo hacía al hablarnos del Código Zanardelli, pero excluyendo la referencia a la propiedad; para a continuación, en el párrafo siguiente, señalar que la seguridad de las cosas sólo se tiene en consideración en tanto afecten a la seguridad de las personas.<sup>145</sup> Esto último ya lo mantenía con anterioridad, sólo que referido expresamente a los delitos de incendio y a modo de excepción, matizando de esta forma la referencia a la propiedad que efectuaba al definir la incolumidad pública.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Maggiore mantiene todavía la afección de la incolumidad pública ligada tanto al peligro común para las personas como para las cosas. Maggiore, G., Diritto Penale, Volume II: Parte speciale, Delitti e Contravvenzioni, Tomo I, 4ª ed., Bologna, 1960, p. 372.

<sup>145</sup> Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 5ª ed., Volumen VI (a cura di Pisapia), Torino, 1983, p. 243.

En el mismo sentido Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, ob. cit. p. 367.

<sup>146</sup> Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 2ª ed., Volumen VI, Torino, 1922, p. 355.

Tal entendimiento de la incolumidad pública es el que ya se pretendía desde el Gobierno italiano como se pone de manifiesto en el informe ministerial al Proyecto del Código penal de 1930. En el mismo se asigna a la palabra incolumidad un sentido estricto y riguroso, razón por la que sólo se han comprendido, a diferencia de lo que ocurría en el anterior Código, supuestos que representen una amenaza para las personas, teniéndose en cuenta el daño a las cosas únicamente cuando del mismo pueda surgir un peligro para la vida e integridad física de los individuos.<sup>147</sup>

El mismo Rocco entendía la incolumidad pública como la: "seguridad de todos los ciudadanos en general, sin determinación ni limitación de personas... contra el daño físico personal... derivado del desencadenamiento, por la mano del hombre, de las fuerzas de la naturaleza, de la alteración del funcionamiento de los medios de transporte y de comunicación, de la alteración de sustancias alimentarias destinadas al público, etc."<sup>148</sup>

Se obvia la propiedad y se resalta, como ya parece inherente al concepto de incolumidad pública, la indeterminación de las personas afectadas.

---

<sup>147</sup> Vid. Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, 10ª ed., (a cura di Luigi Conti), Milano, 1991, p. 4.

<sup>148</sup> La cita la he tomado de Antolisei. *Ibidem*.

Destacar que en este Código dentro del Título VI, que es el que dedica a la incolumidad pública, no hay un Capítulo específico dedicado a los delitos de peligro común como ocurría en el anterior Código; sino que los tres Capítulos que lo integran hacen referencia al mismo: Capítulo I -De los delitos de peligro común mediante violencia (aquí se encuentran entre otros delitos los incendio dolosos); Capítulo II -De los delitos de peligro común mediante fraude; Capítulo III -De los delitos culposos de peligro común.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> En el Capítulo I (De los delitos de peligro común mediante violencia), se incluyen los delitos de: matanzas (se trata de aquellas conductas que con la finalidad de dar muerte generen la creación de un peligro para la incolumidad pública); incendio; daños seguidos de incendio (junto con una serie de circunstancias agravantes aplicables tanto a éste como al propio delito de incendio); inundación, derrumbes o aludes; daños seguidos de inundación, derrumbe o alud; naufragio, hundimiento o desastre aéreo; daños seguidos de naufragio; desastre ferroviario; peligro de desastre ferroviario causado por daños; atentados contra la seguridad de los transportes; atentados contra la seguridad de las instalaciones de energía eléctrica y de gas, o de las comunicaciones públicas; derrumbamiento de construcciones u otros desastres dolosos; fabricación o retención de materias explosivas; sustracción, ocultación o daño de aparatos para la defensa pública en accidentes (en el que se incluye el supuesto de hacer inservibles u ocultar materiales, aparatos u otros medios destinados a la extinción de un incendio); y Remoción u omisión dolosas de precauciones contra accidentes de trabajo.

En el Capítulo II (De los delitos de peligro común mediante fraude), aparecen los delitos de: epidemia; envenenamiento de aguas o de sustancias alimenticias; adulteración y falsificación de sustancias alimenticias; adulteración y falsificación de otras cosas en daño de la salud pública; comercio de sustancias alimenticias falsificadas o adulteradas; comercio o suministro de medicinas dañadas; comercio de sustancias alimenticias nocivas; suministro de medicinas de modo peligroso para la salud pública; comercio clandestino o fraudulento de sustancias

Así pues, aunque la rúbrica del Título alude a la incolumidad pública, ninguno de los Capítulos que lo integran la mencionan, refiriéndose por el contrario al concepto de peligro común. Una vez entendida la incolumidad pública en el sentido estricto antes señalado, y viéndose sustituidas sus referencias por las del peligro común, la conclusión lógica es aquella que lleva a entender tal peligro como únicamente relacionado con la seguridad de las personas, si bien personas indeterminadas, y de ahí el adjetivo de común.<sup>150</sup>

---

estupefacientes; y facilitación dolosa del uso de sustancias estupefacientes.

Y en el Capítulo III (De los delitos culposos de peligro común), aparecen regulados los: delitos culposos de daño (entre los que expresamente aparece referido el ocasionar culposamente un incendio); delitos culposos de peligro (donde no se sanciona la producción de un peligro de incendio, y sí, por ejemplo, la generación o persistencia culposa de un peligro de inundación); omisión culposa de precauciones o defensas contra desastres o accidentes de trabajo (en el que esta vez sí se alude expresamente al incendio); y delitos culposos contra la salud pública.

<sup>150</sup> "Los delitos que se comprenden en el título VI del libro segundo del código consisten en hechos que presentan la característica de exponer a peligro la vida e integridad física de un número indeterminado de personas y, por ello, vienen denominándose delitos contra la incolumidad pública, o también delitos de peligro común". Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale,..., ob. cit. p. 3.

"El título VI ... comprende hechos que comparten una característica común: se trata de hechos que típicamente provocan un peligro (o daño) de una potencia expansiva o difusiva tal que es capaz de amenazar (o dañar) un número indeterminado de personas no individualizadas previamente; esta característica explica por qué estos delitos son también definidos como de peligro común,...

Desde este punto de vista, la incolumidad pública termina por convertirse en sinónimo de la seguridad de todos los ciudadanos en general contra los daños físicos a las personas." Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, ob. cit. p. 367.

En todo caso, el propio Antolisei señala que el concepto dado de incolumidad pública, pese a ser esencialmente válido, habiendo obtenido una amplia acogida entre la doctrina y la jurisprudencia debido fundamentalmente a la autoridad del autor del que procede (Manzini), es demasiado abstracto para poder ser aceptado. Lo que le lleva inmediatamente a destacar que junto con la incolumidad pública y de forma directa, también se protegen en estos delitos ubicados bajo una tal rúbrica la vida, la integridad física y la salud de las personas víctimas de los mismos. Concluyendo, como no podía ser de otro modo, que nos encontramos ante delitos pluriofensivos en los que junto a la incolumidad pública hay que atender a la lesión o peligro para los intereses particulares que se acaban de señalar.<sup>151</sup>

Un paso más se observa en la opinión de Fiandaca y Musco, para quienes no es que el concepto de incolumidad pública sea algo abstracto, sino que consideran que no representa un bien jurídico cualitativamente distinto de los bienes individuales que le subyacen. La aparente autonomía conceptual de la incolumidad pública no sería sino consecuencia de la técnica de protección adoptada por el legislador en atención al peligro común que las

---

<sup>151</sup> Cfr. Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, ob. cit., pp. 4 y 5.

conductas ubicadas bajo tal rúbrica generan. De modo que la protección penal en estos delitos se otorga a la vida, a la integridad y a la salud como bienes de las personas singularmente consideradas; si bien, antes de que se individualicen las concretas personas afectadas. Por tanto, concluyen, lo que denota el concepto de incolumidad pública no es tanto la extensión numérica de las personas que se puedan ver afectadas, cuanto la indeterminación de los individuos en concreto, indeterminación que se da aunque el ámbito de los posibles afectados se encuentre delimitado, por ejemplo los operarios de una fábrica, y bastando el peligro para uno sólo siempre que se encuentre previamente indeterminado.<sup>152</sup>

Pues bien, pese a las distintas matizaciones introducidas por Antolisei, y por Fiandaca y Musco, en relación con el entendimiento de Manzini acerca de la incolumidad pública en tanto que posible bien jurídico protegido de forma directa en los delitos llamados de peligro común, todos ellos, incluido el propio Manzini, mantienen el mismo concepto de incendio.

---

<sup>152</sup> Cfr. Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, ob. cit., p. 368.



Para los citados autores, y a efectos penales, incendio es el fuego de grandes proporciones, con tendencia a difundirse, y de difícil extinción.<sup>153</sup>

Este concepto, que ya propugnaba el propio informe ministerial sobre el proyecto que dio lugar al Código penal italiano de 1930,<sup>154</sup> supone, según Manzini, que la cosa incendiada debe ser de tales características que pueda dar alimento suficiente al fuego como para afectar a la incolumidad pública; así: "Aún cuando la ley presume el peligro común, debe tratarse de un "incendio", y no de un simple fuego cualquiera."<sup>155</sup>

En la misma línea, tanto Antolisei, como Fiandaca/Musco, consideran que el concepto de incendio propuesto coincide con el significado del término en el lenguaje ordinario; lo cual representa un entendimiento restrictivo de las conductas sancionables en tanto que constitutivas de un

---

<sup>153</sup> Vid. Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 5ª ed., Volumen VI (a cura di Pisapia), Torino, 1983, p. 261. (Añade Manzini que el fuego debe alcanzar a toda la cosa o al menos a una parte relevante de la misma). Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, ob. cit., p. 10. Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, ob. cit., p. 373.

<sup>154</sup> Vid. Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 5ª ed., Volumen VI (a cura di Pisapia), Torino, 1983, p. 261, en nota a pie de página; en la que también se cita jurisprudencia acogiendo un tal concepto con las tres características indicadas: grandes proporciones, tendencia a difundirse y dificultad de extinción.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 262. El entrecomillado de la palabra incendio es del propio autor, lo cual es mucho más relevante de lo que a primera vista pudiera parecer, pues reafirma la sustantividad propia del incendio respecto del fuego.

delito de incendio, dado que no podrán identificarse con la mera destrucción de objetos mediante el uso de fuego. Las razones que dan para defender un tal concepto son:<sup>156</sup>

1ª.- El hecho de que la propia ley penal, en los artículos 423 y 424 anteriormente transcritos, distingue entre lo que es un incendio en sentido propio, y la posibilidad de causar meros daños pese a ser el fuego el medio de destrucción elegido.<sup>157</sup>

2ª.- La ubicación de los incendios entre los delitos contra la incolumidad pública. De tal forma que si el fuego que se provoca no es capaz de generar un peligro común, en el sentido en el que hemos visto que cada uno de los autores citados lo entendía, no podrá hablarse de incendio.

---

<sup>156</sup> Cfr. Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, ob. cit., p. 10. Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, ob. cit., p. 373. En ambas obras se cita una línea constante de jurisprudencia fundamentadora del concepto de incendio mantenido.

<sup>157</sup> El artículo 324 del Código italiano de 1930 sanciona los daños ocasionados mediante fuego a los que ha seguido peligro de incendio o incendio, de donde se deduce que aquellos daños producidos por el fuego y no seguidos ni siquiera por un peligro de incendio tendrán la consideración de meros daños. En este sentido Antolisei considera que no puede hablarse de un auténtico incendio en el caso de la destrucción mediante llamas de una pequeña cabaña de leña situada entre las rocas de una montaña desnuda, hecho que constituiría un mero delito de daños del artículo 635. Vid. Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, ob. cit., pp. 10 y 11.

Llegados a este punto es preciso indagar acerca del entendimiento por parte de los autores comentados del momento de la consumación.<sup>158</sup>

Así, Antolisei nos dice que la consumación del incendio viene determinada por el comienzo de la manifestación del mismo, lo cual presupone el estallido del fuego.<sup>159</sup>

Más claros, a mi entender, se manifiestan Fiandaca/Musco, quienes entienden que: "El delito se consuma en el momento en el que el fuego adquiere las características y las dimensiones del incendio."<sup>160</sup>

Realmente ambos entendimientos del momento de la consumación pueden tomarse por idénticos, ya que el comienzo de la manifestación del incendio debería coincidir con la adquisición por el fuego de todas y cada una de las características que lo convierten precisamente en incendio. En este sentido, Manzini, quién también considera que el incendio se consuma en el momento y lugar en el que el

---

<sup>158</sup> Íntimamente ligada con esta cuestión se encuentra la relativa a la relación que se pueda articular entre los dos párrafos del artículo 423 del Código italiano de 1930. En el primero de ellos se sanciona al que ocasione un incendio, mientras que en el segundo se viene a decir que de tratarse del incendio de bienes propios éste deberá ir seguido de peligro para la incolumidad pública para poder ser sancionado.

<sup>159</sup> Vid. Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, ob. cit., p. 12. No escapa a este autor, y así lo indica a continuación, la dificultad que en la práctica representa la delimitación propuesta entre tentativa y consumación.

<sup>160</sup> Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, ob. cit., p. 375.

mismo comienza a manifestarse, indica expresamente que tal manifestación debe serlo en el sentido del concepto propuesto.<sup>161</sup>

Se observa de este modo, que se mantiene una coherencia poco habitual en esta sede, en virtud de la cual, la consideración de un fuego como incendio a efectos penales, y la afectación de los bienes jurídicos que se dice se protegen con la tipificación de esta clase de conductas, se busca que coincidan realmente. El fuego será incendio cuando afecte a la incolumidad pública, entendida ésta ya en el sentido tradicional desde Manzini, ya como bien cualitativamente distinto de los bienes individuales que le subyacen pero resaltando la necesidad de la afección de estos últimos (Antolisei), o ya como mero reflejo de los mismos, sin autonomía alguna (Fiandaca/Musco).<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> Vid. Manzini, V., Trattato de Diritto Penale Italiano, 5ª ed., Volumen VI (a cura di Pisapia), Torino, 1983, p. 268.

<sup>162</sup> Enormemente revelador, en orden a avalar el concepto de incendio que finalmente se va a defender en este trabajo, resultan algunos planteamientos expresos de Fiandaca/Musco y Antolisei; dichos autores, tras constatar el distinto trato expreso del peligro que el legislador da al incendio de bienes ajenos y al de bienes propios (cosa que se evidencia con la comparación de los dos párrafos del artículo 423 antes transcritos: en el caso de los incendios sobre bienes ajenos presunción iuris et de iure y en el de bienes propios necesidad de comprobar la presencia del peligro), y que ha dado lugar a una constante jurisprudencia de casación que afirma la imposibilidad de prueba en juicio por las partes acerca del peligro que se presume en todo incendio de bienes ajenos del artículo 423 párrafo primero, pasan a comentar dos Sentencias de la Corte Constitucional italiana (SS. de 27-12-1974, núm. 286; y de 16-07-1979, núm. 71) en las que se planteaba la posible inconstitucionalidad de la diferencia de trato señalada. Pues

## **f) A modo de conclusión**

Para concluir este excursus, y esta es la virtualidad práctica del mismo, destacar como, frente a un concepto de incendio muy similar en todos los autores comentados, la consideración de la afección de la incolumidad pública por los incendios, y, en consecuencia, la determinación del momento de la consumación de estos delitos, se ha ido alterando sustancialmente con el transcurso del tiempo.

En el siglo pasado el temor reverenciar ante los incendios, presente desde antiguo y sin contar todavía con posibilidades materiales para dominar el fuego, estaba muy anidado en la conciencia de la colectividad; razón por la cual, y con independencia de la concretas regulaciones legales, la atribución del carácter de público al bien o valor que los incendios protegieran parecía consecuencia inevitable; mientras que ya en este siglo, la configuración positiva de estos delitos en Italia ha posibilitado el

---

bien, del análisis de las citadas sentencias (que declararon la legitimidad de la presunción legislativa del peligro en el párrafo primero del artículo 423), llegan a la conclusión de que si bien el incendio doloso de bienes ajenos parece incorporar una presunción absoluta de peligro, realmente esto no es así debido a que en la práctica el juzgador deberá primero estar seguro de encontrarse ante un verdadero incendio, para lo cual deberá llevar a cabo un estudio muy similar al que correspondería si se intentara averiguar si hubo o no peligro. Cfr. Fiandaca, G., y Musco, E., Diritto penale, Parte speciale, ob. cit., p. 374. Antolisei, F., Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, ob. cit., pp. 11 y 12.

concepto de incendio visto, primero en el Código Zanardelli distinguiendo entre el incendio de cosas de leve y no leve entidad, y luego en el Rocco al diferenciar el delito de incendio del de daño seguido de incendio, y por tanto, en la medida en la que la magnitud del fuego es uno de sus elementos definitorios esenciales, ha permitido la continuidad en la consideración de la incolumidad pública (peligro común), como el bien jurídico ha proteger. Además, como se ha podido apreciar, tal entendimiento de los incendios ha posibilitado que el momento de la consumación se acerque al momento real de la afectación de esa pretendida incolumidad, a la vez que ha favorecido el surgiendo de autorizadas voces que van limando el carácter abstracto y vago de una tal incolumidad.

En España la evolución ha sido distinta, y ello debido a que desde el inicio se consideraba que el incendio no tenía por que ser un fuego de grandes proporciones. Este entendimiento podía estar justificado en siglos pasados, pero no en la actualidad; sin embargo, y favorecido por la nueva ubicación sistemática, a día de hoy se sigue manteniendo que la seguridad colectiva es uno de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de incendio.

### 3 - EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ALGUNOS TIPOS DE DELITOS DE INCENDIO

Resulta cuando menos intuitivo afirmar *prima facie* la existencia de una relación directa entre el medio ambiente como bien jurídico y los delitos de incendios forestales.

Tal vez lo primero que se deba hacer sea intentar concretar a qué nos referimos con la expresión medio ambiente, para al final trasladar a sede de delitos de incendio las conclusiones a las que se llegue, viendo su posible virtualidad.

#### 3.1- La complejidad del concepto de medio ambiente

En la doctrina encontramos diversos entendimientos del mismo, todos ellos posibilitados por lo ambiguo y redundante de la expresión medio ambiente.<sup>163</sup> Así,

---

<sup>163</sup> En este sentido, entre otros: MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, Madrid, 1991, p.80. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: Derecho penal y protección del medio ambiente, Madrid, 1992, p. 31. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCIP 1983)", en Documentación jurídica, n° 37/40, 1983, p. 879. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos contra el medio ambiente", en Comentarios a la legislación penal, EDESA, T. V, Vol. 2º,

favorecidos por esa ambigüedad, se mantiene desde un entendimiento absolutamente global del mismo, hasta un concepto mucho más restringido limitado a algunos recursos naturales, pasando desde luego por posiciones intermedias.

Entendido de una forma amplia el medio ambiente podría definirse como: "todo aquello que rodea al hombre, lo que le puede influenciar y puede ser influenciado por él".<sup>164</sup> En definitiva, tanto nuestro entorno artificial como el natural integrarían el concepto de medio ambiente; y dentro del mundo artificial tanto los aspectos materiales (la estructuras físicas), cuanto los inmateriales (los sistemas sociales, políticos, económicos y culturales).<sup>165</sup>

---

Madrid, 1985, p.829. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "El medio ambiente como bien jurídicamente tutelado" en El delito ecológico, coor. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992, P. 41.

No obstante existen voces discrepantes, así López Ramón considera que "...el carácter polisémico de las dos palabras (el diccionario proporciona nueve significados de la palabra "ambiente" y cincuenta de la palabra "medio") ha debido contribuir al empleo de la expresión "medio ambiente" para designar específicamente tal acepción. Por tanto es correcto e incluso más claro hablar de "medio ambiente", como suele hacer el legislador español,..." LÓPEZ RAMÓN, F.: "El derecho público ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales", en La protección Jurídica del Medio Ambiente, coor. Valle Muñiz, J.M., Pamplona, 1997, p. 106.

<sup>164</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: Derecho penal y protección del medio ambiente, op. cit., p. 32. No es esta la posición que adopta este autor, se limita a exponerla, mostrándose más favorable a las concepciones intermedias que veremos a continuación.

<sup>165</sup> Cfr. *Ibidem*.

En el mismo sentido Prats Canut manifiesta que: "El medio ambiente está compuesto por un conjunto de elementos que, en la complejidad de sus relaciones, constituyen el marco, el medio y las condiciones de vida del hombre; así los problemas medioambientales afectan a cuestiones tan diversas como son los



Dando un salto cualitativo, se llega a mantener esta concepción amplia del medio ambiente, ya no de un modo puramente conceptual, sino con anclaje legal, y lo que es más relevante, incluso constitucional; en este sentido Colás Turégano señala que del párrafo primero del artículo 45 de nuestra Constitución no se puede inferir una limitación a los aspectos naturales del medio ambiente en la medida en la que:

"... sólo establece el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo, sin establecer más especificaciones que limiten el contenido".<sup>166</sup>

En esta línea Prats Canut mantiene que:

---

recursos naturales, los instrumentos de producción, los bienes y servicios, los residuos, la organización territorial de la sociedad, etc..." PRATS CANUT, J.M.: "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980", en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, T. II, Barcelona, 1983, pp. 752 y 753.

También Bustos opta por hablar del medio ambiente en sentido amplio: "el medio ambiente constituye un bien jurídico referido a la seguridad común, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas". BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho penal. Parte especial, 2ª ed., Barcelona, 1991, p. 260.

En esta misma línea es ilustrativa la definición de medio ambiente que se desprendía del artículo 2 del Anteproyecto de Ley General del Medio Ambiente elaborado por el MOPU en 1982, y que integraba "el medio natural, constituido por ...todos los elementos que forman parte de la biosfera" y el "medio humano, constituido por el entorno socio-cultural del hombre, el patrimonio histórico-artístico y los asentamientos humanos, urbanos y rurales". Citada por LÓPEZ RAMÓN, F.: "El derecho público ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales", op. cit., p. 106.

<sup>166</sup> COLÁS TURÉGANO, A.: Delitos contra el medio ambiente: aproximación jurídico constitucional, Tesis doctoral, Valencia, 1995, p. 324.

"...el concepto constitucional es amplio y permite incluir junto al denominado ambiente natural o abierto integrado por la bioesfera, el aire, agua y suelo y los ecosistemas producto de la interacción entre los seres vivos y el medio, aquellos ambientes no naturales debidos a la actividad de creación humana tendentes a satisfacer el más amplio sistema de necesidades humanas (protección, trabajo, etc.)."<sup>167</sup>

Igualmente, Cantarero Bandrés, después de afirmar que dentro del concepto de medio ambiente tienen cabida los procesos de urbanización y difusión urbana, la reconversión negativa de la agricultura, la explotación de las ciudades, el desarrollo tecnológico, etc., expresamente mantiene que el artículo 45 de la Constitución española tutela un medio ambiente considerado en su totalidad integral y en su globalidad.<sup>168</sup>

Un tal concepto de medio ambiente resulta para muchos poco operativo en el plano jurídico, por excesivamente

---

<sup>167</sup> PRATS CANUT, J.M.: Protección penal del medio ambiente. Tesis doctoral inédita. Barcelona, 1986, p. 50. (Citado por DE LA MATA BARRANCO, N.J.: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa -Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita-, Barcelona, 1996, p. 48 nota a pie nº 127). Tal entendimiento se muestra coherente con el expuesto en una obra anterior afirmando que: "... la falta de la Ley desarrolladora del artículo 45 de nuestra Constitución ..., produce en materia medioambiental un auténtico caos normativo difícilmente reconducible a un bien jurídicamente unitario". PRATS CANUT, J.M.: "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980", op. cit., p. 752.

<sup>168</sup> CANTAREO BANDRÉS, R.: "Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes", en El delito ecológico, coor. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992, p. 72.

amplio.<sup>169</sup> Así, parece conveniente algún esfuerzo más en orden a su delimitación inicial.

Una primera restricción del concepto viene dada por aquellos que consideran que los aspectos inmateriales a los que antes se ha aludido, aquellos que integrarían el llamado ambiente social (los sistemas sociales, políticos, económicos y culturales), no se pueden en modo alguno considerar como integrantes de medio ambiente; dado que de lo contrario todo el Derecho sería Derecho ambiental.

---

<sup>169</sup> Vid., entre otros: PERIS RIERA, J.M.: Delitos contra el medio ambiente, Valencia, 1984, p. 27. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente ...", op. cit., p. 880. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: "Introducción al delito ecológico" en El delito ecológico, coord. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992, p. 16. LÓPEZ RAMÓN, F.: "El derecho público ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales", op. cit., p. 107.

No es de esta opinión de Bacigalupo, quien manifiesta que: "no se alcanza a comprender cuál sería el inconveniente que la amplitud del bien jurídico podría representar respecto de la eficacia de la pena." Si bien va a ser él, como veremos a continuación, quien facilite una de las definiciones del medio ambiente restringidas al ámbito natural más aceptada por el resto de la doctrina. Tal concepción restringida del medio ambiente, la vincula el mencionado autor, no a su mayor eficacia protectora del bien jurídico, sino al carácter excepcional que debe representar el recurso a la pena. Vid. BACIGALUPO, E.: "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal, Madrid, 1991, pp. 202 y 203.

Tampoco Cantarero Bandrés parece compartir las críticas a lo inoperante de un concepto amplio de medio ambiente a efectos jurídicos; antes al contrario, considera anómalo el segmentar el concepto de medio ambiente en subsectores dotados de autonomía, por entender que esta forma de proceder aleja la noción de medio ambiente que se define en las leyes de "la calificación orgánica" del medio ambiente, que, entiende, es el mejor medio para resolver los complejos problemas que se plantean. CANTAREO BANDRÉS, R.: "Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes", op. cit., p. 71.

Propugnan por tanto restringir el concepto a las cosas materiales, a todas, naturales o artificiales.<sup>170</sup> El medio ambiente será desde esta concepción tanto el aire, el agua, el suelo, la flora y la fauna, como las vías de comunicación y transporte, y el resto de las construcciones humanas.

Con estos planteamientos no resulta problemático seguir calificando de amplias tales concepciones del ambiente, y en consecuencia mantener las dudas acerca de su operatividad desde el punto de vista del Derecho en general, y del Derecho penal en particular.

Esta idea de la inoperatividad de una concepción amplia del ambiente estaba en la base de la posición metodológica que durante muchos años ha defendido Martín Mateo, máximo valedor en nuestra doctrina, hasta fechas recientes, de una concepción estricta.<sup>171</sup>

Entendía este autor que dentro del concepto de ambiente sólo tenían cabida aquellos bienes que, siendo

---

<sup>170</sup> En este sentido DI FIBIO, M.: Tutela dell'ambiente naturale. Difesa, gestione e sviluppo della natura e del paesaggio, Milán, 1987, p. 20; citado por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: Derecho penal y protección del medio ambiente, op. cit., p. 32.

<sup>171</sup> Así, tras manifestar que: "Una primera aproximación al concepto de ambiente nos remite a una noción amplia que incluye toda la problemática ecológica general y por supuesto el tema capital de la utilización de los recursos, a disposición del hombre, en la biosfera", continúa aseverando que: "... las formulaciones genéricas no tienen más que un carácter meramente indicativo y es necesario recurrir a ulteriores acotamientos". MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, op. cit., pp. 81 y 82.

tradicionalmente calificados de *nullius*, se habían convertido, como consecuencia del progreso que trae causa de la revolución industrial, en bienes de titularidad común, en concreto el aire y el agua. Así, definía el ambiente como: "los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas", quedando por tanto fuera de tal entendimiento no sólo todo lo referente al medio artificial, sino también el resto de la naturaleza, incluido el suelo:

"... la gestión del suelo o bien se reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o a la postre se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto sustancias depositadas en el suelo y que en aquéllos se transportan, bien en cuanto a eventuales alteraciones de esos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas por obra, por ejemplo, de la deforestación".<sup>172</sup>

Respecto de tal posición se ha denunciado su excesivo alejamiento del concepto de medio ambiente que puede

---

<sup>172</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, op. cit., p. 86.

De estricta califica también su posición De la Cuesta Aguado, remitiéndose al respecto precisamente a la obra de Martín Mateo que se acaba de citar. No obstante su entendimiento del medio ambiente no es el este autor, sino que encaja mejor, como a continuación se verá, en el grupo de las concepciones denominadas intermedias, al afirmar que: "... el bien jurídico medio ambiente... abarca todo el conjunto de relaciones, de reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc." Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.: Respuesta penal al peligro nuclear, Barcelona, 1994, pp. 90, 91 y 92.

encontrar cabida en el artículo 45 de la Constitución. Así, Conde Pumpido, criticando expresamente la concepción de Martín Mateo, considera que tal precepto incluye dentro del concepto de medio ambiente los recurso naturales, y por tanto, que los mismos no pueden limitarse al aire y al agua, como pretendía la referida concepción estricta.<sup>173</sup>

Por su parte, las tesis que propiamente podemos calificar de intermedias, y que constituyen la posición mayoritaria, se centran exclusivamente en los elementos de la naturaleza a la hora de integrar el contenido jurídico de la expresión medio ambiente.

Según De la Cuesta Arzamendi, interesa optar por una concepción del medio ambiente, que dejando fuera todo lo relativo a cuestiones urbanísticas y de territorio, se centre, aunque sea indirectamente, en la naturaleza:

"...añadiendo a los elementos aire, agua, suelo (y fuego), la fauna y la flora, e, incluso, con marcado antropocentrismo, el contenido de la relación misma hombre-medio."<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: "Introducción al delito ecológico", op. cit., p. 17.

En esta misma línea crítica desde el punto de vista constitucional vid. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: Derecho penal y protección del medio ambiente, op. cit., p. 33. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa..., op. cit., p. 48.

<sup>174</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente ...", op. cit., p. 880. Destacar la mención expresa que hace del fuego como parte del suelo, si bien no añade ninguna explicación al respecto. No

En el mismo sentido, Rodríguez Ramos consideraba que el medio ambiente, en tanto que bien jurídico, en último termino consistía: "... en la conservación de los recursos naturales para garantizar a corto plazo la calidad de vida y, a largo plazo, la vida misma".<sup>175</sup> Desarrollando este entendimiento centrado en la vertiente natural del ambiente, llega posteriormente a conformar el bien jurídico medio ambiente como:

"... el consistente en garantizar y, en su caso, restaurar las condiciones básicas necesarias para el mantenimiento y desarrollo de la vida en general y de la humana en particular, con la calidad correspondiente al estadio de desarrollo económico y cultural presente, entendiendo por calidad de vida tanto el nivel de renta como también y especialmente el acceso al disfrute de los recursos naturales en su conjunto y aisladamente considerados".<sup>176</sup>

Dentro de esta línea se puede citar como paradigmática la conceptualización del medio ambiente como la "suma de

---

obstante y dado el tema de este trabajo, parece oportuno resaltar tal alusión al fuego como un elemento de la naturaleza.

También Rodríguez Ramos se refiere expresamente al elemento fuego como uno de los factores contaminantes a tener en cuenta de cara a articular una adecuada protección penal del medio ambiente. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Alternativas a la protección penal del medio ambiente" en CPC, nº 19 (1983), p. 149.

<sup>175</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Protección penal del ambiente", en Comentarios a la legislación penal, T. I (Derecho penal y Constitución), EDESA, Madrid, 1982, p. 273.

<sup>176</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos contra el medio ambiente", op. cit., pp. 829 y 830.

las bases naturales de la vida humana"; concepto desde el que:

"...pueden deducirse convenientemente los objetos de protección a que debe referirse el derecho penal de medio ambiente: se trata del mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales."<sup>177</sup>

Además, la mayoría de los autores partidarios de estas tesis intermedias manifiestan expresamente que ya desde la Constitución se puede afirmar el ámbito estrictamente natural del concepto de medio ambiente.<sup>178</sup>

Tal entendimiento, que intuitivamente parece el más acertado, se ve reforzado precisamente por las

---

<sup>177</sup> BACIGALUPO, E.: "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", op. cit., p. 203.

Este concepto ha sido asumido por buena parte de la doctrina, así, entre otros: BOIX REIG, J., en Vives Antón/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 640. PERIS RIERA, J.M.: Delitos contra el medio ambiente, op. cit., p. 28. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: "Introducción al delito ecológico", op. cit., p. 17. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 12ª ed. Valencia, 1996, p. 553.

<sup>178</sup> Cfr. BOIX REIG, J.: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., op. cit., p. 640. PERIS RIERA, J.M.: Delitos contra el medio ambiente, op. cit., p. 28. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: "Introducción al delito ecológico", op. cit., p. 17. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, pp. 551 y ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente ...", op. cit., p. 880. DE LA CUESTA AGUADO, P.: Respuesta penal al peligro nuclear, op. cit., p. 90. De la misma: Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, 2ª ed., Valencia, 1999, pp. 57, 58 y 59. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos contra el medio ambiente", op. cit., p. 829.



argumentaciones de quienes manteniendo unas concepciones amplias del medio ambiente, se ven en la necesidad de justificar la "exclusión" del mismo de, entre otros, aspectos tan relevantes en la configuración del entorno cuales son el urbanismo o la ordenación del territorio.

Así, por ejemplo, Prats Canut, que como hemos visto parecía mantener una concepción amplia, en trabajos posteriores se muestra más explícito, afirmando que aunque del artículo 45 de la Constitución quepa extraer un concepto amplio de medio ambiente, el resto de preceptos constitucionales juegan de modo negativo excluyendo de tal concepto aquellos aspectos que los mismos expresamente regulan, en especial los demás principios rectores de la política social y económica.<sup>179</sup>

Similar planteamiento mantiene Berdugo, quién, fijándose exclusivamente en el apartado primero del artículo 45 de la Constitución, afirma que el contenido del concepto de medio ambiente que del mismo se deriva refleja en último término,

---

<sup>179</sup> Vid. PRATS CANUT, J.M.: "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", en Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente, Madrid, 20-21 de octubre de 1990, editado por la Agencia del Medio Ambiente, Madrid, 1991, pp. 50 y 51. Expresamente manifiesta que: "... si bien es cierto que la CE defiende un concepto amplio de medio ambiente, también es cierto que la interpretación del concepto defendido en el artículo 45 de la CE debe hacerse a partir de la contemplación global de todos los derechos y libertades que la misma reconoce y, muy en particular, de los llamados principios rectores de la política social y económica lo cual permite desgajar aspectos o elementos que a priori pueden ubicarse en el artículo 45."

"todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales o económicos". Si bien, inmediatamente a continuación manifiesta que la consideración de otros preceptos constitucionales permite concretar más su contenido, refiriéndose expresamente a los artículos 43, 46, 47 y 51, referentes respectivamente a la salud pública, el patrimonio artístico, la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, y a la defensa de los consumidores; para concluir defendiendo un entendimiento del medio ambiente que centrado en los aspectos de la naturaleza hemos visto con anterioridad defiende la doctrina mayoritaria.<sup>180</sup>

También desde la Constitución, Colás Turégano manifiesta la posibilidad de extraer un concepto específicamente natural de medio ambiente; pero esta vez desde un análisis conjunto del artículo 45 en sus dos primeros números, junto con el resto de preceptos contenidos en las listas de

---

<sup>180</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "El medio ambiente como bien jurídicamente tutelado", op. cit., PP. 46 Y 47.

Estas razones eran las que llevaban también a Rodríguez Ramos a mantener la concepción natural del medio ambiente antes vista, con apoyo directo en la Constitución. La vida, la salud, el patrimonio histórico artístico y cultural, la educación, y el resto de bienes jurídicos a los que la Constitución alude dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas como al tratar de los principios rectores de la política social y económica, llevan necesariamente, "en atención a los más elementales criterios de economía legislativa y de interpretación sistemática", a entender el medio ambiente como algo diverso de los bienes o valores contemplados en los otros preceptos. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos contra el medio ambiente", op. cit., p. 829.

distribución de competencias de los artículos 148 y 149 de la misma en los que hay una mención explícita al término medio ambiente, haciendo especial referencia al 149.1.23.<sup>181</sup> Si bien entiende que, la referencia que se efectúa en el número segundo del artículo 45 de la Constitución al deber de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, no invalida el entendimiento amplio que del medio ambiente se hace en el número primero del mismo artículo, sino que:

"... de ello parece inferirse que los recursos naturales, o mejor dicho el uso racional de los mismos, constituye un medio para conseguir ese medio ambiente adecuado del que se nos habla en el apartado primero".<sup>182</sup>

Llegados a este punto me interesa resaltar que la gran mayoría, por no decir la totalidad, de los autores citados, se adscriban a una posición de las consideradas como amplias, o bien al grupo mayoritario de las que hemos denominado intermedias, coinciden indefectiblemente en la

---

<sup>181</sup> En este sentido cita la STC 80/1985, de 4 de julio, en la que se justifica un tal entendimiento del medio ambiente debido a que de mantener que la Constitución ampara una concepción global, con ese sólo título competencial (149.1.23), se podría llegar al absurdo de extender la competencia estatal a toda actuación que hubiera de tener alguna repercusión sobre el medio físico. Cfr. COLÁS TURÉGAÑO, A.: Delitos contra el medio ambiente: ..., op. cit., pp. 299 y ss, y 325.

más que estrecha relación que existe entre el medio natural y el artificial, constituyendo en realidad dos vertientes de un único medio antes que dos medios distintos. Incluso Martín Mateo, a la vez que mantenía la tesis estricta, reconocía expresamente que las disciplinas urbanísticas coadyuvaban a la gestión ambiental.<sup>183</sup>

Así, hemos visto como desde autores que en principio admiten un entendimiento amplio del medio ambiente se llega, o en todo caso se posibilita, una concepción jurídica del mismo restringida exclusivamente al ámbito de la naturaleza; y ello bien por la vía de considerar que ya el artículo 45 de la Constitución, al interpretarlo de forma sistemática con el resto de preceptos constitucionales, determina tal concepto restringido; o bien, aunque de forma menos contundente, entendiendo que aunque del número primero del citado artículo 45 lo que se desprende realmente es un concepto amplio del medio ambiente, la referencia al uso racional de los recursos naturales que figura en el número segundo del mismo precepto, permite poner el énfasis en su vertiente natural en tanto que aspecto imprescindible para ese medio ambiente adecuado del que nos habla el número primero.

---

<sup>182</sup> *Ibid.*, pp. 324 y 325.

<sup>183</sup> Vid. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, op. cit., p. 83.

Por su parte dentro del grupo de autores que ya desde el inicio parte de un concepto de medio ambiente restringido al ámbito de la naturaleza (posición mayoritaria como se ha visto), es frecuente encontrar voces que inmediatamente después de afirmarse en la vertiente exclusivamente natural de tal concepto, destacan la estrecha relación que existe entre la misma y los aspectos artificiales del medio.

En este sentido, De la Cuesta Arzamendi, quien como hemos visto antes, defiende claramente la exclusión del concepto de medio ambiente de, entre otras, las cuestiones urbanísticas y de ordenación del territorio, resalta la carencia de sentido que fuera del ámbito estrictamente jurídico representa el intento de separación de las cuestiones ambientales de las relativas al territorio; y, si bien considera que el Derecho de la ordenación del territorio y el Derecho ambiental, pese a tener muchos puntos de contacto, no deben ser objeto de confusión por responder a enfoques y estrategias diversas, concluye señalando que no obstante no se puede negar la consideración del territorio como marco en el que se inscriben los fenómenos ambientales y la consideración del mismo como uno de los recursos naturales, en tanto que no es otra cosa que el suelo considerado globalmente.<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente ...", op. cit., pp. 881 y 882.

Del mismo modo Conde-Pumpido, valedor también, como se ha visto, de posiciones intermedias, entiende que existe una especial vinculación entre el medio ambiente y la ordenación del territorio. Considera el citado autor que a tal entendimiento ayuda la nueva ubicación sistemática de los delitos contra el medio ambiente, al encontrarse ubicados en un Capítulo independiente pero dentro del Título XVI: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", lo que a su entender, además de poner de manifiesto la referida especial vinculación entre ambas materias, aconseja un tratamiento penal próximo de las mismas.<sup>185</sup>

Pues bien, la exposición que he efectuado de las distintas concepciones del medio ambiente no ha tenido por objeto la búsqueda de la más acertada de entre todas ellas, ni tampoco pretendía el sentar las bases para llegar a una mejor conceptualización de un bien jurídico tan complejo como se nos revela es el medio ambiente. Lo que he pretendido es precisamente poner de manifiesto esta complejidad, destacando la estrecha relación que presentan las distintas parcelas de nuestro entorno en orden a la afectación del bien jurídico medio ambiente, y ello con

---

independencia de cuál o cuáles de tales parcelas incluyamos en el concepto del mismo.

Esta interdependencia está en la base de las críticas que efectúa Cantarero Bandrés a las fragmentaciones a que se viene sometiendo el concepto de medio ambiente, llevándola a afirmar la existencia de un "nexo de íntima relación" entre todos los sectores o facetas que integran el medio ambiente en sentido global.<sup>186</sup>

Sumamente significativas a este respecto son también las palabras de Rodríguez Ramos cuando, tras afirmar como hemos visto antes, que el medio ambiente no puede coincidir sólo ni idénticamente con los derechos fundamentales, ni con los principios rectores de la política social y económica contenidos al margen del artículo 45 de la Constitución, destaca que en tanto que bien o valor jurídico, el medio ambiente:

"... es precisamente un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales antes descritos, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre todos

---

<sup>185</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO TOURON, C.: "La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes", en La Ley, 1996-2, p. 1551.

<sup>186</sup> Cfr. CANTAREO BANDRÉS, R.: "Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes", op. cit., pp. 71 y 72. Y ya vimos como para esta autora dentro del concepto de medio ambiente tenían cabida los procesos de urbanización, la reconversión negativa de la agricultura, el desarrollo tecnológico, etc.

ellos, entidad que tiene, por tanto, un carácter de síntesis o síncretismo de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro."<sup>187</sup>

La estrecha relación entre las vertientes natural y artificial del medio ambiente se puede poner también de manifiesto según el contenido que entendamos pueda integrar la remisión normativa contenida en el denominado delito ecológico.

Así, no cabe exagerar la petición de proximidad en el tratamiento jurídico de las cuestiones relativas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, que se ha visto antes efectuaba Conde-Pumpido; pues, cuando entra a valorar la estructura de ley penal en blanco que presentaba el antiguo artículo 347 bis, y tras considerar necesario delimitar cuáles son las Leyes o reglamentos cuya contravención constituye uno de los presupuestos típicos de tal artículo,<sup>188</sup> entiende que de

---

<sup>187</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos contra el medio ambiente", op. cit., pp. 829 y 830.

<sup>188</sup> Con alguna excepción, como la de Rodríguez Devesa, quien considera que la constatación de la infracción administrativa corresponde a la Administración, atribuyendo por tanto a dicho requisito la naturaleza de condición objetiva de punibilidad (RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª.: Derecho penal español. Parte especial, 18ª ed., Madrid 1995, p. 1107), el entendimiento como elemento del tipo de la normativa que integra las leyes penales en blanco es el mayoritario en la doctrina (Vid. por todos DOVAL PAIS, A.: Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, Valencia, 1999, pp. 183 y 184), lo cual conlleva que la apreciación de su contravención corresponda al juez penal, y por tanto la posibilidad de que el respeto a los principios y garantías penales despliegue toda su eficacia en una institución, como es ésta de las Leyes penales en blanco, en la que es necesario el mayor de los cuidados para



acuerdo con el concepto que mantiene de medio ambiente, tan sólo podrán integrar tal presupuesto "... aquellos que tienen como finalidad específica la "protección del medio ambiente", por lo que no tendrán relevancia penal las infracciones administrativas de normas que incidan sobre la actividad presuntamente dañina para el medio ambiente, pero que tengan una finalidad distinta (urbanística, por ejemplo, ...)".<sup>189</sup> Posición que, como resulta lógico, también mantiene en relación con el artículo 325 del NCP.<sup>190</sup>

---

no incurrir en inconstitucionalidad. (Vid. al respecto las SSTC 127/1990 de 5 de julio y 62/1994 de 28 de febrero).

Cuestión en cierta medida distinta es la de la conveniencia o no de configurar los delitos contra el medio ambiente como Leyes penales en blanco, llegando la doctrina mayoritaria a estimar, en palabras de Boix, "que se trata de una técnica legislativa imprescindible para esta clase de delitos, e incluso adecuada, precisamente para conseguir una mayor determinación del ámbito de lo punible." (BOIX REIG, J.: Derecho penal. Parte especial, 3ª ed., op. cit., p. 640). De opinión totalmente contraria se muestra Silva Sánchez, quien defiende acabar con el modelo de accesoriedad frente al Derecho administrativo que implica tal técnica, y ello fundamentalmente por la capacidad que con la misma se otorga a la Administración para establecer espacios de riesgo permitido, espacios que por conllevar la atipicidad de las conductas, entiende, deberían ser objeto de determinación por el legislador penal, o en su defecto por los jueces y Tribunales desde su independencia, pero no por la Administración. (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.: "¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal", en La Ley, 1997-3, p. 1718).

<sup>189</sup> Cfr., CONDE-PUMPIDO TOURON, C.: "Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales" en Poder Judicial, número especial IV (1988), pp. 75 y 76.

<sup>190</sup> En este sentido debe entenderse su apoyo a que la remisión normativa que contiene el citado artículo (si bien antes aludiendo a Leyes o Reglamentos, y ahora a Leyes u otras disposiciones de carácter general), mantenga la referencia final a: "... protectoras del medio ambiente"; coetilla cuya supresión se pidió mediante enmienda por parte del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, y que afortunadamente, a juicio de este autor, fue desestimada, evitando de este modo la

La regulación de aspectos medioambientales en normativa de lo más heterogénea está al orden del día, así Hormazabal, cuestionando si en este ámbito se cumple con el mandato de certeza que impone el Tribunal Constitucional para evitar que una Ley penal en blanco vulnere la Constitución,<sup>191</sup> señala como potencialmente integradoras del antiguo artículo 347 bis, una serie de disposiciones relativas al medio ambiente insertadas en textos tan diferentes entre sí como son, entre otras muchas, la Ley sobre represión de la pesca con explosivos o sustancias venenosas o corrosivas, la Ley sobre energía nuclear, o la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana.<sup>192</sup> Al incluir expresamente esta última Ley está manteniendo una posición contraria a la que hemos visto defiende en esta cuestión Conde-Pumpido; si bien, como se acaba de decir lo hace de forma crítica al poner en tela de juicio la constitucionalidad de tal realidad.<sup>193</sup>

---

"... pérdida de certeza en el reenvío normativo con riesgo para el principio de legalidad". Cfr., CONDE-PUMPIDO TOURON, C.: "La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes", op. cit., p. 1553.

<sup>191</sup> Vid. entre otras las SSTC 127/1990, 62/1994 y 24/1996.

<sup>192</sup> Cfr. HORMAZABAL MALAREE, H.: "Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal", en El delito ecológico, coord. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992, pp. 58 y 59.

<sup>193</sup> Más rotunda se muestra en esta cuestión Colás Turégano, para quien la existencia de una tan heterogénea normativa, procedente además tanto de las Comunidades Autónomas, como del Estado y de las instituciones europeas, lleva a una clara ruptura con el principio de legalidad. Vid. COLÁS TURÉGANO, M<sup>a</sup>.A.: "Art. 347

Avanzando en esta posibilidad, Terradillos se muestra expresamente a favor de la consideración como elemento típico de cualquier contravención normativa que afecte materialmente al medio ambiente, y así, con independencia de la intitulación o rúbrica que encabece tal precepto, considera que lo correcto es atender al bien jurídico protegido, por lo que será posible otorgar relevancia integradora a aquellos preceptos que incidiendo en el medio ambiente se hallen ubicados en normas cuya finalidad específica, como las urbanísticas, no sea la protección del medio ambiente.<sup>194</sup>

Desde este entendimiento se evidencia una concepción más favorable a admitir de forma sería la interdependencia que existe entre las diversas vertientes que integran el medio ambiente en su concepción amplia.

En el fondo, en función de lo conscientes que seamos o no de esa interdependencia nos pronunciaremos *prima facie* a favor de un entendimiento más o menos amplio del medio ambiente. Concepto, que a nivel jurídico tendremos que acomodar e integrar conforme a las normas en vigor, si bien como éstas siempre posibilitan diversas exégesis,

---

bis. ¿Ruptura con el principio de legalidad? (Comentario a la sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal número 3 de Valencia), en Poder Judicial, nº 26, pp. 213 y ss.

<sup>194</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en El delito ecológico, coor. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992, p. 91.

acabaremos optando por una u otra opción, dentro de las que la interpretación posibilite, en función de esa consciencia indicada.

### **3.2- El todo y las partes**

Siguiendo con los planteamientos anteriores, y centrándonos ahora en las posiciones que se han calificado de intermedias, dejando por tanto a un lado las cuestiones relativas a la relación existente entre las vertientes artificial y natural del medio ambiente, observamos que dentro ya exclusivamente del mundo de la naturaleza las cuestiones de interrelación siguen siendo nucleares; así es sumamente destacable la equiparación que se efectúa de las partes de la naturaleza, aisladamente consideradas, con la totalidad de la misma, a efectos de integrar el concepto jurídico de medio ambiente.

Esto es lo que subyace en el último inciso del concepto de medio ambiente que nos ofrecía Rodríguez Ramos, cuando entendía que la calidad de vida a la que tendía el concepto de medio ambiente venía integrada de modo especial por "... el acceso al disfrute de los recursos naturales en su

conjunto y aisladamente considerados".<sup>195</sup> Así, en otro trabajo del mismo autor expresamente manifiesta que:

"...una formulación ecológica del medio ambiente, no sólo debe proteger cada uno de los elementos mencionados, sino también, y sobre todo, el conjunto que forman todos ellos interrelacionados."<sup>196</sup>

Esta misma idea, creo, es la que mantiene De la Cuesta Aguado, pues aunque opina que para una correcta conceptualización del bien jurídico medio ambiente es necesario distinguir entre tal medio ambiente como bien jurídico y los elementos que lo integran, llegando a considerar que tales elementos medioambientales pueden ser objeto de directa tutela penal, no les confiere sin embargo la naturaleza de bienes jurídicos por sí mismos considerados. La tutela penal de tales elementos (el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna, etc... -en sus propias palabras-), se otorga en tanto que partes del bien jurídico protegido (medio ambiente) que se lesiona o menoscaba con su destrucción, por lo que: "...el equilibrio entre todos estos factores es lo que finalmente constituye el medio ambiente...".<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos contra el medio ambiente", op. cit., pp. 829 y 830. La negrita es añadida.

<sup>196</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Protección penal del ambiente", op. cit., p. 262.

<sup>197</sup> Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.: Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, 2ª ed., op. cit., pp. 66 y 67. En estas mismas páginas nos indica esta autora que el Código penal hace referencia al medio ambiente, entendido en el sentido de

Tajante se muestra al respecto De la Mata Barranco, cuando, analizando el artículo 45 de la Constitución, concluye que: "En consecuencia, tanto cada uno de los elementos naturales como el conjunto ecológico que forman todos ellos constituye el ambiente...".<sup>198</sup>

Creo que lo que aquí aflora no es sino una clara consciencia de lo relevante que es cada recurso de la naturaleza para el conjunto de la misma. Poniendo en peligro uno de estos recursos se pone en peligro el sistema en su conjunto; lesionando uno de estos recursos se pone en peligro o se lesiona (en mayor o menor medida), el sistema en su conjunto.

### **3.2.1 - La globalización del medio ambiente**

Pudiera pensarse que se está incurriendo en una grave contradicción, pues por un lado se está otorgando gran importancia a los "pequeños detalles" (en referencia a la relevancia que para el medio ambiente en su conjunto tienen

---

equilibrio entre factores, con muy diversas expresiones, tales como sistemas naturales (artículo 325), hábitat (artículo 322), equilibrio biológico (artículos 333 y 339), medio natural (artículo 356), condiciones de vida silvestre y espacios naturales (artículo 357), y de forma directa medio ambiente (artículos 348, 348 y 350).

<sup>198</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.J.: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa..., op. cit., p. 48.

los ataques a cada uno de los aspectos de la naturaleza por separado), y por otro no se puede desconocer el fenómeno de la globalización del medio ambiente que está aconteciendo en las últimas décadas.

Esta progresiva toma de conciencia acerca de la necesidad de considerar el medio ambiente a nivel planetario se pone de manifiesto desde los años setenta en algunas, cada vez más, declaraciones de altos organismos internacionales.

En esta dirección se pronunciaba ya la Declaración de Estocolmo, resultante de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en junio de 1972, cuando sancionó que:

"El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras."

Y mucho más recientemente el Principio 2 de la Declaración de Río, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que se celebró en junio de 1992, que expresamente establece:

"De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen ... la responsabilidad de velar porque

las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional."

Desde el momento en el que se toma en serio la dimensión universal que sin lugar a dudas presenta el medio ambiente, su protección interesa a la Comunidad internacional en su conjunto. Por esto en la Declaración de Río se involucra a cada Estado en la evitación de daños fuera de su ámbito de control, sea en otros Estados o sea en zonas ajenas a soberanías nacionales.

La defensa del medio ambiente no se puede llevar a cabo protegiendo exclusivamente los elementos del mismo que se encuentren ubicados en el ámbito espacial de cada Estado, los vertidos contaminantes realizados en un país pueden discurrir aguas abajo por un río, o ser arrastrados por la marea, acabando en otro país distinto; y qué decir de la emisiones de humos y gases tóxicos, a nadie se nos puede escapar hoy día los graves problemas que representan el calentamiento de la temperatura del planeta por el llamado efecto invernadero, y el aumento de las radiaciones solares como consecuencia de la disminución de la capa de ozono.

Según Juste Ruiz, como consecuencia de la concienciación acerca de la continuidad espacial del medio ambiente se está produciendo una entrada cada vez mayor de la normativa internacional que obliga a los Estados incluso dentro de



sus fronteras, no es ya sólo que dicha normativa regule cómo proteger los espacios de interés común, sino que también llega a obligar en los dominios de cada Estado:

"... ya que el medio ambiente de cada Estado forma parte indisociable del patrimonio ecológico mundial".<sup>199</sup> "Agua, tierra, aire, flora y fauna constituyen de algún modo un *continuum* cuyo

---

<sup>199</sup> Cfr. JUSTE RUIZ, J.: "Tendencias actuales del derecho internacional y del medio ambiente", en La protección Jurídica del Medio Ambiente, coor. Valle Muñiz, J.M., Pamplona, 1997, pp. 30 y 31. Entre esta normativa cita como ejemplos la siguiente: los convenios sobre protección de las especies y de la vida salvaje, sobre las zonas húmedas de interés internacional (Convenio de Ramsar, 2 de febrero de 1971), sobre limitación de las emisiones de gases a la atmósfera (Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra, 13 de noviembre de 1979, BOE de 10 de marzo de 1983. Protocolo relativo a la financiación a largo plazo del programa concertado de seguimiento continuo y evaluación del transporte a gran distancia de los contaminantes atmosféricos en Europa, Ginebra 28 de septiembre de 1984, BOE de 18 de febrero de 1988. Protocolo relativo a la reducción de al menos el 30 por 100 en las emisiones de sulfuro o de sus flujos transfronterizos, Helsinki, 8 de julio de 1985. Protocolo relativo a la lucha contra las emisiones de óxido de nitrógeno o sus flujos transfronterizos, Sofía, 31 de octubre de 1988, BO Congreso de los Diputados, Serie C, núm. 284-1, 3 de julio de 1989, pp. 1-12. Protocolo relativo a la lucha contra las emisiones de compuestos orgánicos volátiles o sus flujos transfronterizos, Ginebra, 18 de noviembre de 1991. Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 22 de marzo de 1985, BOE de 17 de marzo de 1989. Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987, BOE de 17 de marzo de 1989), sobre la prevención de la contaminación marina de origen terrestre (Convenio de París de 1974, Protocolo al Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo de 1976), sobre las zonas especialmente protegidas (Protocolo de 1982 al Convenio de Barcelona que se acaba de citar), sobre la diversidad biológica (Convenio de Río de Janeiro de 5 de junio de 1992), etc. Señala que también es este el caso de la normativa comunitaria sobre protección medioambiental, pues, por definición, está destinada a aplicarse en el territorio de los Estados Miembros.

mantenimiento y protección no cabe realizar separadamente".<sup>200</sup>

La evolución del interés por las cuestiones medioambientales en el ámbito europeo, y en concreto su plasmación en los diferentes Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, es muy significativa en orden a observar la progresiva atención al medio ambiente en tanto que materia necesitada de atención global; intentando romper para ello, tanto las barreras internas que representan las fronteras de los Estados miembros, como las externas de la Unión.

A este nivel europeo la preocupación por el medio ambiente se despierta precisamente tras la celebración en Estocolmo, en 1972, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano antes comentada;<sup>201</sup> experimentando un salto cualitativo importante con la firma del Acta Única Europea en febrero de 1986, al modificar el Tratado de la C.E.E. incorporando un Título (VII), dedicado específicamente al medio ambiente. El artículo 130 R de dicho Título establecía en su número 1 que:

"La acción de la Comunidad, por lo que respecta al medio ambiente, tendrá por objeto: - conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; -

---

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 28.

contribuir a la protección de la salud de las personas; - garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales".

Pues bien, con la firma del Tratado de Maastrich en 1992 se añadió un cuarto objetivo, que hoy se mantiene tras el Tratado de Amsterdam de 1997. Así, en la actualidad, el artículo 174 (Título XIX) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que se corresponde con el 130 R arriba transcrito), añade a los tres objetivos antes señalados:

"...el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente".

Además, lo que con anterioridad a Maastrich eran objetivos a cumplir por la Comunidad Europea en tanto que de la puesta en práctica del resto de políticas de la Comunidad se vieran implicados aspectos medioambientales, en Maastrich se convierte en una política comunitaria específica a los efectos de alcanzar los fines perseguidos por la Unión Europea.<sup>202</sup> Fines que no obstante se centraban todavía en los aspectos económicos, básicamente en el logro de un mercado común con una moneda única. Así el artículo

---

<sup>201</sup> Vid. VERCHER NOGUERA, A.: "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", en Actualidad Penal, 1994, p. 225.

<sup>202</sup> Cfr. COLÁS TURÉGANO, A.: Delitos contra el medio ambiente: ..., op. cit., p. 133; que a su vez cita a CASTILLO DAUDI, M.: La política comunitaria del medio ambiente, (original), p. 39.

3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, tras Maastrich, disponía que:

"Para alcanzar los fines enumerados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: K) una política comunitaria del medio ambiente."<sup>203</sup>

Pero hay más, el punto culminante de esta evolución se produce con el Tratado de Amsterdam, Europa pretende pasar de ser una Comunidad meramente económica a ser una realidad económica y social, por tanto sus fines se ven ampliados, de tal manera que hoy día el medio ambiente se ha convertido en uno de los fines de la hoy Unión Europea. Así, el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con las modificaciones introducidas en Amsterdam, en lo que respecta al medio ambiente es del siguiente tenor:

"La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4,...un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, ..."

---

<sup>203</sup> Tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, ahora está política medioambiental viene recogida en el mismo artículo 3, pero en la letra L).

Pues bien, la evolución puede resumirse del siguiente modo: de no hablarse del medio ambiente en el texto original del Tratado Constitutivo, se pasa con el Acta Única a dedicarle un Título en el que se marcan unos objetivos en relación con el mismo, pero sólo en tanto que tal medio ambiente se vea afectado por alguna política comunitaria; para, con el Tratado de Maastrich, otorgarle la categoría de política comunitaria en orden a conseguir los fines de la Unión, y por último desde el Tratado de Amsterdam constituirse en uno de los fines directamente perseguidos.

Parece claro, pues, el interés que el medio ambiente suscita a nivel europeo, pero lo que a nosotros nos interesa en estos momentos es señalar lo que ello comporta en orden a la tendencia a la globalidad que de forma inherente demanda el concepto de medio ambiente.

Pues bien, sumamente significativo es el dato de la enorme proliferación de disposiciones comunitarias que en materia medioambiental afectan a los Estados miembros;<sup>204</sup> y es significativo porque no se debe olvidar la vigencia del principio de subsidiariedad de la normativa comunitaria respecto de la nacional de cada Estado. Como se desprende

---

<sup>204</sup> Vercher Noguera ya aludía en 1994 que, con datos de 1992, eran ya sobre las 250 disposiciones comunitarias las que impulsaban a los Estados miembros de la Comunidad Europea por el camino de protección al medio ambiente. Vid. VERCHER NOGUERA, A.: "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", op. cit., p. 225.

de la redacción de este principio,<sup>205</sup> y Vercher Noguera se encarga de recordar,<sup>206</sup> se trata de dejar en manos de la competencia de los Estados miembros aquellas áreas en las que la iniciativa de los mismos pueda resultar más eficaz; por tanto, el hecho de la proliferación de normativa a nivel europeo sobre el medio ambiente está poniendo de

---

<sup>205</sup> Desde Maastrich este principio se encuentra recogido con carácter general, en la actualidad, tras el Tratado de Amsterdam se halla regulado en el artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Comunidad:

"En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario."

Pero hay que señalar que en lo que respecta al medio ambiente la vigencia de tal principio ya había sido introducida con anterioridad; el Acta Única en su artículo 130 R.4 (suprimido en Maastrich por haberse regulado con carácter general, como se acaba de indicar), rezaba así:

"La Comunidad actuará, en los asuntos de medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 (vistos con anterioridad en el texto) puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente".

El contenido de paréntesis, obviamente, es añadido.

<sup>206</sup> Cfr. VERCHER NOGUERA, A.: "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", op. cit., p. 227.

manifiesto que nos encontramos en un área donde la mejor actuación posible es la que se lleva a cabo globalmente.

### **3.2.2 - El pensamiento sistémico**

Llegados a este punto de la exposición, hemos visto en relación con el medio ambiente como éste puede entenderse de modo más o menos amplio en cuanto a los componentes o elementos que integren su concepto, pero en todo caso la gran interrelación que existe entre esos elementos integrados o no dentro del mismo; hemos visto lo relevante que es cada uno de esos elementos individualmente considerados; y finalmente se acaba de ver como desde el Derecho internacional y el comunitario se impone de forma meridianamente clara la necesidad de atender a los problemas medioambientales desde una dimensión global, del planeta en su conjunto.

Asimismo apuntábamos como podía pensarse que se estaba incurriendo en una grave contradicción al mantener por un lado la posibilidad de equiparar el concepto de medio ambiente con el de un recurso natural considerado aisladamente, y a la vez defender la necesidad intrínseca a ese mismo concepto de medio ambiente, cada vez más evidente incluso para los legisladores supranacionales, de atender

al medio ambiente desde una perspectiva que tome en cuenta la Tierra en su conjunto.

Es decir, el medio ambiente parece "ser" el todo y una parte a la vez.

Realmente no es fácil de explicar tal posición, máxime si consideramos que la anterior afirmación deberemos tenerla en cuenta tanto para el concepto naturalístico de medio ambiente como para el jurídico, pues aunque no tengan por qué coincidir exactamente ambos conceptos, tampoco parece lógico que los mismos se encuentren excesivamente alejados. A falta de un concepto legal del medio ambiente,<sup>207</sup> los límites que demos a su concepto naturalístico deberían jugar como referente importante de cara al contenido que al mismo se le dé desde las distintas normas jurídicas que lo aborden;<sup>208</sup> y por tanto, parece deseable, frente a la falta de concreción reinante al respecto, que el contenido que consideremos se desprende del ordenamiento jurídico se pudiera acomodar al que se desprenda del referente naturalístico.

---

<sup>207</sup> La STC 64/1982 califica al medio ambiente de "concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional, y por tanto, interdisciplinar".

<sup>208</sup> En este sentido se pueden entender las palabras de la STC 102/1995 de 26 de junio, cuando nos dice en su fundamento jurídico 4 que el significado del concepto de medio ambiente, al no estar definido por la Constitución, se debe "...extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia".



Ya hemos tenido ocasión de comprobar como desde la Constitución española se han defendido concepciones más o menos amplias en cuanto a los elementos que deban integrar el medio ambiente, lo que viene a representar los límites en los que luego podrán moverse el resto de normas, incluidas las penales; y también hemos visto como del ordenamiento jurídico supranacional se desprende un entendimiento global de este mismo medio ambiente. Por tanto deberemos entender que el concepto naturalístico del medio ambiente posibilita tales márgenes de configuración.

En este punto la cuestión parece en principio irresoluble, pues, ¿cómo es posible afirmar simultáneamente desde un plano ontológico que el medio ambiente es tanto una parte como el todo?

Sumamente interesante en orden a la contestación de tal interrogante resulta el seguimiento de la evolución que ha experimentado la concepción del medio ambiente en Martín Mateo.

Ya tuvimos ocasión de ver como inicialmente este autor era en nuestro país quien mantenía la posición más estricta al respecto, entendiendo que tan sólo el aire y el agua constituían el ambiente. Digo el ambiente y no el medio ambiente, al igual que hice cuando con anterioridad me referí a las ideas de este autor, además de porque es una

cuestión en la que Martín Mateo pone especial énfasis,<sup>209</sup> porque a mi entender desde la opción por referirnos al "medio" o al "ambiente" por separado en tanto que equivalentes a entorno, se puede deducir que ya en su concepción estricta del ambiente se encontraba, aunque pueda parecer paradójico, el germen que ha hecho que en la actualidad mantenga una de las concepciones más amplias y omnicomprensivas posibles que al respecto se puedan sustentar.

Así, ya cuando defendía la concepción estricta nos decía que una primera aproximación al concepto de ambiente nos remite a una noción amplia que incluye toda la problemática ecológica, incluidas las cuestiones relativas a la utilización de todos los recursos naturales disponibles por el hombre, reconociendo incluso que las cuestiones urbanísticas están relacionadas con la gestión ambiental,

---

<sup>209</sup> A la referencia a este autor, que ya se efectuó en su momento, entre aquellos que entendían que la expresión "medio ambiente" es redundante, cabe añadir ahora que ello le llevó, como él expresamente manifiesta, a que su Tratado se titule: "Tratado de Derecho Ambiental", en lugar de: "Tratado del Medio Ambiente", (vid. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, op. cit., p. 80). Asimismo, y aunque en el tercer volumen de su Tratado, aparecido en 1997 (seis años después del primero), reconoce el carácter polisémico de ambas palabras, conforme vimos puso de manifiesto López Ramón, se mantiene en la preferencia de optar por sólo una de las dos palabras por separado (vid. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Recursos naturales, Madrid, 1997, p. 22). De hecho, el primer párrafo de su Manual de Derecho Ambiental, tras el prólogo, lo dedica a decir que no va a utilizar en el mismo la expresión medio ambiente, sino sólo medio o ambiente (vid. MARTÍN MATEO, R.: Manual de Derecho Ambiental, 2ª ed., Madrid, 1998, p. 21).

si bien consideraba que una tal generalización no tenía sino un carácter indicativo. Por ello tras acotar el ambiente al entorno natural, y buscando la operatividad del concepto, entendía que:

"La especificidad del derecho ambiental vendría dada por la respuesta que puede ofrecer frente a conductas negativamente perturbadoras del equilibrio ecológico. Más concretamente hemos entendido como recursos naturales comunes: el agua y el aire, que, a su vez, de ser inadecuadamente manejados, vehiculizan toda una serie de trastornos de los sistemas naturales... Si alteramos pues estos elementos, estaremos modificando las condiciones de la vida en la Tierra, la del hombre en particular, pero también la de todos los seres que tienen capacidad reproductiva. De aquí que sea el aire y el agua los que deben primordialmente preocuparnos, puesto que son el soporte de la propia existencia animada."

Además añadía en apoyo de este entendimiento el hecho de que a veces a las referencias al ambiente se incorpora la expresión "recursos naturales", indicando de este modo que tales recursos son algo añadido al ambiente, el cual es

sólo el entorno (aire y agua), donde se encuentran ubicados el resto de recursos animados e inanimados.<sup>210</sup>

Se observa en tales planteamientos un gran interés por el ambiente entendido en sentido amplio, siendo el aire y el agua los principales elementos que interesa vigilar y cuidar para evitar desequilibrios en el conjunto del sistema. Elementos que encajan perfectamente con el significado de entorno que corresponde tanto al término "medio" como al término "ambiente"; de aquí su insistencia en la redundancia que supone utilizarlos simultáneamente.

Pues bien, en 1997 se publica el tercer volumen de este Tratado de Derecho Ambiental, que sorprendentemente lleva el título de: "Recursos naturales". Sorprendentemente, porque, como ya sabemos, los mismos permanecían fuera del concepto de ambiente defendido hasta ese momento por el autor del Tratado. Tal título no podía sino significar un cambio importante en la concepción del autor, cambio que yo me atrevo a calificar más correctamente de evolución.

Efectivamente, en este tercer volumen el propio autor comienza por justificar expresamente su anterior concepción estricta con base en la consideración de que las técnicas para combatir la contaminación del aire y del agua parecían tener poco que ver con las empleadas para la conservación

---

<sup>210</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, op. cit., pp. 81 y ss., en especial para la cita textual p. 88.

de los recursos de la naturaleza; para a continuación reconocer expresamente que: "... el aire, agua y suelo, constituyen un *prius* para la propia vida manifestada en los recursos naturales", considerando que tal entendimiento representa, según sus propias palabras, un "viraje metodológico", al cual, reconoce, ha contribuido la extensión de la sensibilidad ambiental a las cuestiones relativas a la diversidad biológica que se ha producido a raíz de la cumbre de Río de 1992.<sup>211</sup>

El viraje al que alude se plasma en la ampliación del concepto de ambiente a todos los elementos de la naturaleza, resaltando además la gran relevancia que tienen en él los factores artificiales y culturales.

Así, nos dice que el aire, el agua y el suelo son:

"... los componentes básicos que soportan la biosfera,... que constituyen el medio natural en sentido estricto y son objeto del Derecho Ambiental, que unifica y ordena una serie de normas que responden a las características de estos tres elementos y a sus interacciones...",

para a continuación resaltar la relevancia del factor cultural:

---

<sup>211</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Recursos naturales, op. cit., p. 21.

"... que no tiene estructura física por ser obra inmaterial del intelecto humano, aislado o asociado: creencias, filosofía, ética, componentes decisivos para apoyar una estrategia correctiva de las disfunciones innecesariamente introducidas en el manejo de los recursos naturales",

y continuar señalando que aunque no va a tratar de ello en su Tratado, el patrimonio físico-histórico aportado por el hombre, y cita expresamente tanto ruinas históricas como rascacielos neoyorquinos, "... pueden ser considerados en normas ambientales específicas".<sup>212</sup>

Por tanto, donde antes muy vagamente reconocía la influencia en el ambiente de elementos ajenos al ámbito natural (por ejemplo factores urbanísticos), ahora la afirma rotundamente, extendiéndola incluso a los factores inmateriales, y otorgándoles una gran importancia. Y donde antes, por razones prácticas, incluidas las de operatividad jurídica, limitaba el concepto de ambiente al aire y al agua, ahora lo extiende a toda la naturaleza, animada e inanimada. Y digo animada e inanimada porque la referencia, transcrita líneas arriba, a la interacción entre suelo,

---

<sup>212</sup> *Ibid.*, pp. 16 y ss.

Esto último le lleva incluso a justificar que desde el plano legal y jurisprudencial se lleguen a adoptar comprensiones "amplísimas" del ambiente, si bien considera que las mismas, debido a la heterogeneidad de los aspectos que las integran, carecen de utilidad práctica en tanto que instrumento técnico jurídico. Alude expresamente a la STC 102/1995, que luego se comentará.

aire y agua (elementos inertes en principio), produce el efecto de extender el ambiente a toda la biosfera, por esto mismo hemos visto como el propio Martín Mateo aludía a su viraje metodológico justo tras señalar que tales aire, agua y suelo no son sino un *prius* para la vida.

Precisamente el entendimiento profundo de lo que implican las interacciones entre los distintos elementos de un sistema es lo que subyace a esa nueva sensibilidad ecológica de la que antes se ha hablado,<sup>213</sup> encontrándose en tales ideas las razones de base que han llevado a Martín Mateo a escribir el tercer volumen de su Tratado, como él mismo reconoce.<sup>214</sup>

Tales interacciones hacen que la separación entre lo inerte y lo animado resulte ilusoria; así, el suelo que en su inicial concepción estricta quedaba excluido del ambiente, ahora, desde esta nueva percepción, forma parte ineludible del mismo:

"...el suelo con los materiales y los microorganismos que incorpora, pertenece al ámbito de lo biológico y no es mera litosfera inerte."<sup>215</sup>

Y lo mismo ocurre con la totalidad de los recursos naturales, incluida la gea.<sup>216</sup> Tal nivel de interrelación

---

<sup>213</sup> Vid. supra en nota a pie de página

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>215</sup> *Ibidem.*

lleva inevitablemente a no poder distinguir entre un entorno que constituye el medio (o ambiente), y unos recursos ubicados dentro del mismo.

De este modo la relevancia que este autor da a las interacciones entre los distintos elementos se muestra absolutamente sobredimensionada para el pensamiento causal mecanicista que hoy día todavía impera; pero no para una percepción sistémica como en la que, sin duda, se ha situado Martín Mateo. Así lo demuestran claramente las referencias que efectúa a las tendencias autopoieticas de la biosfera y al pensamiento holístico.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> Se entiende por gea el conjunto de los recursos minerales del planeta, distinguiéndose, en principio, del denominado suelo, por la aparente ausencia de microorganismos vivos en ella. No obstante parece que ello no es exactamente así, su interacción con microorganismos cada vez se está poniendo más de manifiesto, y así lo asume Martín Mateo. *Ibid.*, p.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 13.

Holismo procede del griego y viene a significar ---

Muy ilustrativas respecto de la relación entre holismo y pensamiento sistémico son las siguientes afirmaciones:

"La Filosofía y su descendiente, la Ciencia, nacen cuando los primeros griegos encuentran en el mundo antiguo un orden inteligible y por ende controlable por medio del pensamiento y la acción racional.

Una formulación de este orden cósmico fue la visión de Aristóteles, con su noción "holista" ... La frase Aristotélica "El Todo es más que la suma de las partes", es una definición del problema básico de los Sistemas." FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, Valencia, 1997, p. 233.

Por su parte *Autopoiesis*, también procedente del griego literalmente significa hacer por sí mismo.

La autopoiesis hace referencia a la fenomenología propia de algunos sistemas (los seres vivos), que se caracterizan por la capacidad de los componentes de dichos sistemas para producirse continuamente a sí mismos a través de una red de interacciones, manteniendo de esta forma su "identidad" frente al entorno. Cfr. MATURANA, H.: La realidad : ¿objetiva o construida?, vol. II. Fundamentos biológicos del conocimiento, México, 1996, pp. 226 y



Tales ideas implican necesariamente la superación del paradigma mecanicista para poder ser entendidas. No se trata de denigrar todos los avances conseguidos por la ciencia en los últimos siglos bajo el actual paradigma; sino, antes al contrario, de aprovechar los logros conseguidos por la vía del estudio analítico de los distintos objetos de conocimiento para, cambiando a un paradigma nuevo, intentar dar una mejor respuesta a los problemas que en los diversos ámbitos, desde la Física hasta el Derecho, siguen a día de hoy sin encontrar una respuesta satisfactoria.<sup>218</sup>

Pues bien, desde este nuevo paradigma,<sup>219</sup> se presta una especial atención a la globalidad, a los sistemas; pero a la vez, y por eso acabo de decir que no se trata de desterrar el paradigma mecanicista, las partes o elementos

---

ss. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, 3ª ed., Barcelona, 1999, pp. 28 y ss. En la página 41 de la última obra citada, afirman expresamente que: "El ser y el hacer de una unidad autopoiética son inseparables, y esto constituye su modo específico de organización". Esta afirmación es reveladora de la ontología constructivista de estos autores, ontología que es la que subyace a la construcción de los bienes jurídicos que estoy defendiendo.

<sup>218</sup> Cfr. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., pp. 75 y ss.

<sup>219</sup> Ferrer Figueras, sigue la noción de Kuhn de paradigma: "Kuhn define -en su libro Las revoluciones científicas, 1962- como paradigma de la Ciencia en un momento dado el cuerpo de conocimientos aceptado por la Comunidad Científica, que genera experimentos significativos y descubre la Historia de la Ciencia como una sucesión de etapas en cada una de las cuales un paradigma específico de la misma influye en la ciencia "normal" hasta el momento en que se produce una revolución científica que señala el tránsito al nuevo paradigma". *Ibid.*, p.87.

del sistema en cuestión salen sustancialmente revalorizadas.

El sistema, desde la concepción holística, es más que la suma de las partes o elementos que lo integran, plasmándose ese plus en las denominadas propiedades emergentes, como consecuencia de la importancia de la interacción entre las partes; por eso precisamente el valor de cada elemento sale reforzado. La ausencia de un elemento esencial del sistema implica la desaparición de la/s propiedad/es emergentes del mismo, perdiendo el carácter mismo de sistema.<sup>220</sup>

Pues bien, después de todas las referencias que se han ido efectuando a las interacciones que se dan entre los distintos elementos del medio ambiente, parece que no hay dificultad en aseverar que el mismo constituye un sistema, y ello, tanto a escalas regionales (ecosistemas), como a escala planetaria.<sup>221</sup>

Afirmado lo anterior, se desvanecen en buena medida las objeciones que desde el plano ontológico se pudieran tener en cuanto a la afirmación que ha dado lugar a la exposición

---

<sup>220</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 132 y ss.

<sup>221</sup> Es más, incluso se llega a mantener la naturaleza autopoiesica del sistema Tierra; característica que no está tan clara, según los estudios realizados hasta el momento, a nivel de ecosistemas locales o regionales. Cfr. MARGULLIS, L. y DORION, S.: Microcosmos, Nueva York, 1986, p. 66. (Citados por CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, Barcelona 1998, pp. 226 y 227, traducción de Sempau, D.).

de esta línea de pensamiento. El afirmar que el medio ambiente es el todo y las partes a la vez, encuentra así un mejor acomodo en el plano naturalístico; favoreciéndose por tanto que desde el punto de vista normativo se llegue, como ya se ha visto, a ese mismo entendimiento.

### **3.2.3 - La STC 102/1995**

Las ideas sistémicas que se acaban de introducir encuentran una traducción casi literal en algunos párrafos de la STC 102/1995.

En ella, tras calificar el medio ambiente como de carácter complejo y polifacético, por afectar a lo más variados sectores del ordenamiento jurídico, se le añade la característica metafórica de "transversal", en alusión al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (cuestión que es la que da origen a esta Sentencia). Con este carácter "transversal" el TC quiere indicar lo complejo del reparto de competencias entre los entes indicados cuando del medio ambiente se trata, y ello:

"...por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias (artículo 148.1ª., 3ª., 7ª, 8ª, 10ª. Y 11ª. CE) en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o

ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él. ...".<sup>222</sup>

Como se aprecia el concepto de medio ambiente que va a mantener el TC va a ser muy amplio. No obstante, y precisamente por ello, el TC se encarga de dejar muy claro que esta vinculación de tantos sectores del ordenamiento jurídico con el medio ambiente no puede llevar a vaciar de competencias a las Comunidades Autónomas. El Estado no puede pretender arrogarse competencias con el argumento de que en la medida en la que afecten al medio ambiente tiene la competencia exclusiva para dictar su legislación básica (artículo 149.1.23.ª CE).<sup>223</sup> Aquí se ve la inoperatividad a nivel jurídico de un concepto tan amplio de medio ambiente, y como, no obstante, el propio TC no puede evitar el conceptuarlo de este modo; todo lo cual nos habla de la realidad del carácter intrínsecamente complejo y global del mismo.

Y aunque luego, adoptando una perspectiva jurídica, y con la vista puesta en el artículo 45 de la Constitución, pretende limitar el concepto de medio ambiente a los recursos naturales y al soporte físico donde nacen, se

---

<sup>222</sup> Vid. Fundamento jurídico 3 STC 102/1995.

<sup>223</sup> Cfr. Fundamentos jurídicos 3 y 7 STC 102/1995.

desarrollan y mueren; de nuevo señala que tal soporte puede ser visto y regulado desde diversas perspectivas, citando entre otras la minera o extractiva, la forestal y la urbanística. Además insiste especialmente en la incorporación al concepto constitucional de medio ambiente de el paisaje, el cual, dice, "...no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar , distinto en cada época y cada cultura".<sup>224</sup>

Pues bien, hasta aquí nada nuevo hay respecto de las concepciones que antes vimos mantenía la doctrina respecto del concepto constitucional del medio ambiente. En todo caso una apoyo a las concepciones amplias, si bien condicionado por el reconocimiento implícito de la inoperancia a nivel jurídico de un tal concepto y por las referencias específicas a los recursos naturales en tanto elementos expresamente previstos en el artículo 45 de la Constitución. Lo cual puede permitir la interpretación de que el TC defiende un concepto de medio ambiente restringido al ámbito de la naturaleza, si bien reconociendo la gran relevancia del resto del entorno.

Lo verdaderamente innovador de esta Sentencia, se encuentra a mi juicio, cuando tras todas las referencias

---

<sup>224</sup> Cfr. Fundamento jurídico 6 STC 102/1995. Este enunciado está próximo a una ontología constructivista como la que defienden Maturana y Varela. Vid. *infra* epígrafe IV.6.

anteriores, que en el fundamento jurídico 4 califica de descomposición factorial analítica, señala que:

"...una primera aproximación nos permite una mirada descriptiva, en la cual predominen los componentes sobre el conjunto y que, en cierto modo, nos desvela una vez más cómo los árboles no dejan ver el bosque, ...este concepto descriptivo resulta insuficiente para explicar la fenomenología o el comportamiento en el mundo del Derecho y muy especialmente dos de sus efectos: el carácter transversal de la competencia en su configuración constitucional y, paralelamente, que lo medioambiental se convierta en el ingrediente indispensable para sazonar las demás políticas sectoriales."<sup>225</sup>

Para a continuación, encontrar una posible respuesta a la problemática jurídica del medio ambiente en su propia naturaleza dinámica, en la cual:

"...subyace la idea de "sistema" o de "conjunto",...(que pone) de manifiesto que el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado transcendente, más allá del individual de cada uno".<sup>226</sup>

Como se observa, el planteamiento encaja perfectamente en las ideas sistémicas antes expuestas, se denuncia la

---

<sup>225</sup> Vid. Fundamento jurídico 6 STC 102/1995.

<sup>226</sup> Vid. Fundamento jurídico 6 STC 102/1995.

insuficiencia de un planteamiento del tema meramente analítico; indicando como la insistencia en el estudio por separado de todos (pues el concepto descriptivo era amplísimo) los elementos del problema no permite resolverlo. Para acabar encontrando el camino de la solución de la problemática que el medio ambiente presenta a efectos jurídicos, en su tratamiento como un todo, en las interconexiones entre sus elementos que, como hemos visto dice el propio TC, aporta un significado añadido al individual de cada recurso o elemento visto aisladamente del conjunto.

El TC está manteniendo postulados plenamente sistémicos, y ello con independencia de que sea o no auténticamente consciente de lo que tales ideas realmente implican. El que desde el paradigma actual se puedan mantener estas ideas encuentra explicación en este caso porque se está hablando de ecología, que es precisamente uno de los campos de estudio pioneros que está sirviendo de transición entre ambos paradigmas.<sup>227</sup>

---

<sup>227</sup> Hasta tal punto ha sido, y es, relevante el nuevo entendimiento ecológico del mundo respecto del cambio de paradigma del que se está hablando, que se ha llegado a definir al mismo como visión ecológica del mundo; eso sí, usando el término "ecología" en un sentido mucho más amplio y profundo de lo habitual. Vid. CAPRA, F.: La trama de la vida, Barcelona, 1998, pp. 28 y ss. (edición original: Nueva York, 1996).

Realmente creo que el TC no es consciente de lo sistémico de sus postulados, por esto dice que el concepto de medio ambiente:

"...es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro", entendiendo que en ese peligro se encuentra la razón esencial de su aparición. Afirmando además que de otro modo:

"...resultaría inimaginable su aparición por meras razones teóricas, científicas o filosóficas ni por tanto jurídicas".

De haberse asumido el paradigma sistémico no sólo sería imaginable un tal concepto de medio ambiente, sino que resultaría evidente. Por otra parte, la terminología que utiliza también delata que todavía permanece con un pie dentro del actual paradigma.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Para describir gráficamente la relación entre las competencias estatales y autonómicas, el TC alude a que se trata de una convergencia poliédrica (Vid. Fundamento jurídico 7); referencia que, si se recuerda, también efectuaba Rodríguez Ramos en su concepción del medio ambiente, en esta ocasión para ilustrarnos acerca de la confluencia en el medio ambiente tanto de derechos fundamentales como de principios rectores de la política social y económica. Pues bien, tales referencias a la geometría euclídea caen fuera del paradigma sistémico, el cual cohonesto mucho mejor con la nueva geometría fractal.

Asimismo, dentro del fundamento jurídico 6, el TC dice que el conjunto de los recursos y el entorno físico en el que se hallan: "...forman un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente por abstracción, otros subsistemas en disminución gradual, hasta la célula y el átomo".

Aunque pueda parecer lo contrario, tal frase no acaba de inscribirse plenamente en el pensamiento sistémico.

Primero porque alude a que la división en subsistemas (idea plenamente sistémica), es una operación intelectual. Sin duda



En todo caso, el que desde el actual paradigma se puedan mantener las ideas que mantiene el TC en esta Sentencia pone de manifiesto como, en este caso, el cambio de paradigma no tiene por qué ser traumático, sino antes al contrario, el nuevo paradigma sistémico no podía estar maduro para comenzar a dar los frutos deseados sino hasta que se hubiera exprimido lo suficiente la actual visión analítica.<sup>229</sup> Lo cual no significa que se tenga que desterrar el continuar simultáneamente con el estudio de cada disciplina específica.<sup>230</sup> Sólo cuando somos capaces de conocer y entender en cierta medida la naturaleza y el

---

así lo es, pero como cualquier relación del hombre con el medio, de ahí que parezca que al decirse expresamente se le está queriendo dar una especial significación, como si la categoría de subsistema sólo dependiera de que así lo convengamos. Parece como si cualquier parte de un todo pudiera ser un subsistema del mismo. Ello no parece ser así, la cualidad de sistema (y por tanto de subsistema), requiere unas características especiales que no se dan en cualquier parte del conjunto cogida aleatoriamente.

Y segundo, porque la referencia expresa al átomo viene a corroborar lo que se acaba de decir. A día de hoy la célula sería el sistema *autopoiético* más pequeño, hablar del átomo como de un sistema, no es que sea incorrecto, pero estaremos aludiendo a un sistema que no comparte las características que se dan en los niveles superiores, que son los que nos interesan, sobre todo si estamos hablando del medio ambiente.

<sup>229</sup> Tal vez por esto las ideas de Platón y Aristóteles, considerados, en palabras de Ferrer Figueras, como "sistémicos adelantados", no constituyeron la base para el desarrollo de la ciencia, permaneciendo aletargadas hasta que el avance de la ciencia newtoniana ha puesto de manifiesto, por un lado su insuficiencia para dar explicación a tantos y tantos interrogantes, y por otro los presupuestos para encontrar la respuesta a los mismos. Cfr. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., pp. 169, 172 y 173, 232 y ss, y 339 y ss.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 323.

comportamiento de los elementos de un sistema, es cuando podemos dar el salto para intentar explicar las propiedades nuevas (emergentes) que surgen de la interacción de los mismos, y que resultan inexplicables desde el mero, aunque concienzudo, análisis factorial.

### **3.3 - La demanda de intervención penal para la protección del medio ambiente**

Admitida la posibilidad de entender el medio ambiente como el todo y como cada parte del mismo simultáneamente, y por tanto coherentes sus concepciones jurídica y naturalística,<sup>231</sup> queda todavía por justificar la entrada del Derecho penal, y ello debido a que se está partiendo de una concepción garantista de los bienes jurídicos, sumamente reacia a la admisión de bienes jurídicos colectivos, y que por tanto exige que siempre exista detrás de cualquiera de estos bienes jurídicos un referente individual, como ya vimos al tratar de la socorrida seguridad colectiva.

---

<sup>231</sup> Cuestión ésta que, sin ser esencial, sí creo que es un indicador bastante fiable de la coherencia de los planteamientos que se están siguiendo.

Una opción sería el intentar negar la entrada del Derecho penal en esta materia ante la aparente imposibilidad de ajustarse a los cánones garantistas expuestos; pero la demanda de intervención penal en esta materia es muy fuerte.

En primer lugar por la dicción del artículo 45 de nuestra Constitución, que si bien no obliga tajantemente a acudir al ordenamiento penal, pone de manifiesto que:

"... la sensibilidad constitucional en esta materia llega al extremo de ser uno de los pocos supuestos en los que se articula una específica protección de orden penal".<sup>232</sup>

Y en segundo lugar porque desde instancias comunitarias, no sólo se aboga por un entendimiento global del medio ambiente, sino que además se demanda una intervención penal para coadyuvar a solucionar los problemas que en relación con el mismo se plantean.

En este sentido interesa destacar la Resolución (77) 28 del Consejo de Europa sobre la contribución del Derecho penal en la protección del medio ambiente; Resolución que en palabras de Vercher Noguera representa "...el punto de referencia a partir del cual comienza a utilizarse el Derecho penal como instrumento de protección del medio

---

<sup>232</sup> BOIX REIG, J.: "Protección penal del medio ambiente", en CGPJ (edit.), Cuadernos de Derecho Judicial: "Intereses difusos y Derecho penal", 1994, p. 116.

ambiente en Europa de una manera más sistemática y uniforme".<sup>233</sup> En ella el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendaba entre otras medidas, y en orden a proteger la salud de los seres humanos, animales y plantas, así como la belleza de los paisajes y entornos naturales, que:

"Los Estados miembros deben someter a consideración el posible uso de sanciones penales cuando se produzcan daños al medio ambiente ...".<sup>234</sup>

Con esta Resolución ya se pretendía llamar la atención de los Estados respecto de las ventajas que comportaría un tratamiento unificado desde el Derecho penal de los problemas medioambientales,<sup>235</sup> lo que está en la línea de abogar también por un entendimiento global del mismo desde el Derecho penal. Esto justamente es lo que se puso de manifiesto bastantes años después, en la Conferencia de Ministros europeos de justicia celebrada en Estambul en junio de 1990, relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho penal, cuya Resolución número 1, junto con otras recomendaciones sumamente interesantes,<sup>236</sup> solicitaba a los Estados que valorasen la oportunidad:

---

<sup>233</sup> VERCHER NOGUERA, A.: "Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente", en La Ley (1991), Tomo 2, p. 1073.

<sup>234</sup> *Ibid.* p. 1072.

<sup>235</sup> *Ibid.* p. 1073.

<sup>236</sup> La Conferencia recomienda: "Invitar al Comité Europeo para los Problemas Criminales para que elabore líneas directrices

" e) De actuar de forma que el atentado del medio ambiente pueda ser perseguido tanto en el país en que se ha producido el hecho como en todos los países en que el resultado ha producido consecuencias, teniendo desde luego en cuenta el principio *ne bis in idem*".<sup>237</sup>

---

comunes, en forma de recomendaciones o, en su caso, de convenio con el fin de luchar contra los atentados al medio ambiente, examinando más especialmente la oportunidad:

- a) De elaborar una lista de infracciones para prever una protección adecuada, por el Derecho penal, del agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora y los elementos del medio ambiente merecedores de protección, así como del hombre en ese medio ambiente.
- b) De regular en ese ámbito el concepto de delitos de peligro (concreto, abstracto o potencial) con independencia del perjuicio efectivo.
- c) De definir las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, en materia de medio ambiente.
- d) De examinar la posibilidad de tener en cuenta la actividad del delincuente para evitar el peligro a los daños del delito, en las decisiones para proceder o en la imposición de la pena.
- e) (Se transcribe en el texto).

Informe presentado por el Ministro de Justicia de la República Federal de Alemania, 17 Conferencia Europea de Ministros de Justicia. Estambul, del 5 al 7 de junio de 1990. Boletín del Ministerio de Justicia, Suplemento, 15 de julio de 1990, p. 3047. Copiado de *ibid*, p. 1078.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

Si el artículo 347 bis del anterior Código penal constituyó el primer paso hacia la aplicación de las recomendaciones dadas por el Consejo de Europa en su Resolución (77) 28 (*ibid*. p. 1077), parte del actual artículo 325 puede que responda a la última recomendación transcrita en el texto. Me estoy refiriendo a la eficacia ultraterritorial que representa el que tal precepto de relevancia a las conductas en él descritas si las mismas tienen "incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos".

Igualmente es significativo que ahora se hable, en orden a integrar la estructura de ley penal en blanco que presenta el artículo 325 del NCP, de: "Leyes u otras disposiciones de carácter general", cuando en el derogado 347 bis se hablaba de: "Leyes o Reglamentos"; lo que conduce a posibilitar la integración del mismo con normativa comunitaria. En este sentido se refuerza el entendimiento de Vercher Noguera, quien a estos efectos, y ya con la redacción de artículo 347 bis VCP, consideraba como posibles fuentes integradoras del mismo no sólo

### 3.4 - Propuesta acerca de la categoría de los bienes jurídicos difusos

Parece clara, pues, la exigencia irrenunciable de que el Derecho penal entre a proteger el medio ambiente. Para ello, y no queriendo renunciar tampoco a la garantía que suponen los referentes individuales en los bienes jurídicos colectivos, el primer escollo que habrá que salvar es el de

---

a los reglamentos comunitarios (como se sabe directamente aplicables en los Estados miembros), sino incluso a las directivas todavía no transpuestas (no incorporadas al ordenamiento interno de cada Estado mediante las modificaciones oportunas en los mismos); y ello por entender que en este caso, la norma principal (hoy día el artículo 325 NCP) sería la directamente determinante de la responsabilidad penal y no la complementaria. Cfr. VERCHER NOGUERA, A.: "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", op. cit., pp. 233 y ss., donde reconociendo que esta opinión no es pacífica en la doctrina, y siendo consciente de que se debe respetar el principio de seguridad jurídica, cita en su apoyo cierta jurisprudencia del TJCE referida al efecto indirecto o interpretativo de las directivas no transpuestas.

Interesa, dado que se está hablando de la integración de una norma penal en blanco mediante normativa de la hoy Unión Europea, y por tanto mediante normativa que atiende de forma más global que la interna a la problemática medioambiental, recordar que tal estructura de ley penal en blanco se justifica en buena medida en esta materia por la necesidad de atender a la "diferencia locacional", como se desprende de las competencias que en esta materia otorga la Constitución a las Comunidades Autónomas; es decir, a las particularidades de cada territorio (cfr. CASABÓ RUIZ J.R.: "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en Estudios Penales y Criminológicos, T. V., Santiago de Compostela, 1981, pp. 235 y ss).

Se aprecia de esta forma la especial presencia que en todo lo referente al medio ambiente cobra la dialéctica entre lo particular y lo global.

la opción por una concepción del medio ambiente ecocéntrica o antropocéntrica.

Desde un entendimiento ecocéntrico del medio ambiente, se afirma que los animales, las plantas, e incluso el resto de recursos, tienen un valor intrínseco en tanto que tales; lo cual resulta problemático desde una perspectiva jurídica, dado que ello implica reconocerles derechos propios, y por tanto aproximarlos a la condición de sujetos de derechos.<sup>238</sup> Por otra parte, tal negación del carácter ecocéntrico del medio ambiente no tiene por qué restar en

---

<sup>238</sup> Así, mientras que desde la ecología tradicional se ve al ser humano desde una posición de superioridad frente al resto de la naturaleza, a la cual sólo se le otorga un valor instrumental, desde la nueva corriente filosófica denominada "ecología profunda", se ve el mundo como una red de fenómenos fundamentalmente interconectados e interdependientes, reconociendo un valor intrínseco a todos los seres vivos. (Cfr. CAPRA, F.: La trama de la vida. ... op. cit., pp. 28 y ss.)

Por su parte, la nueva visión del medio ambiente que defiende Martín Mateo es calificada por él mismo como:

"... comprensión "ecocéntrica" que hace hincapié en los valores intrínsecos de la diversidad biológica que la humanidad puede usar pero que no tiene moralmente derecho a destruir en cuanto que su fundamental función es mantener los sistemas que sostienen la vida en la biosfera y el potencial evolucionista de la tierra".

Si bien, el propio Martín Mateo introduce a continuación matices sumamente relevantes en orden a compatibilizar estas ideas con el tratamiento jurídico de las mismas:

"En estos momentos cabe concebir una cierta legalidad natural que debería influir en la dinámica de la inteligencia humana, que propugna la inclusión de los derechos ambientales como derechos a la solidaridad, en el repertorio de los derechos humanos",

concluyendo de forma significativa con las siguientes palabras:

"Aunque todo esto puede sonar un tanto a metafísica, siendo evidente que el hombre no tiene más derechos y deberes que los que se autoimpone, no puede desconocerse que si se comporta insensatamente sufrirá las consecuencias de su desvarío".

MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Recursos naturales, op. cit., pp. 19 y 20.

absoluto importancia al mismo. Su mayor o menor relevancia vendrá determinada por la valoración que el hombre, único sujeto de derechos, tenga a bien otorgarle; y esa valoración podrá alcanzar los mismos mínimos o máximos con independencia de que se haya atribuido o no la cualidad de sujetos de derechos a los elementos de la naturaleza, pues nunca podrán actuar haciendo valer tales eventuales derechos por sí mismos, sino siempre mediante la actuación humana.<sup>239</sup>

De aquí que me sume a la posición mayoritaria que atiende al medio ambiente desde una concepción moderadamente antropocéntrica. Con ello se quiere poner de manifiesto que al fin y al cabo el interés de las personas está, o debe estar, detrás de cualquier actuación medioambiental; pero a la vez, al calificar tal antropocentrismo de moderado, se está dejando claro desde el primer momento que el medio ambiente juega un papel absolutamente esencial para el bienestar de las propias personas.

Esta primera objeción que parece hemos salvado con relativa facilidad, enlaza directamente con otra, que está precisamente en la base de esa necesidad de recordar desde

---

<sup>239</sup> En el sentido de esta última afirmación *vid.* VERCHER NOGUERA, A.: "Ministerio fiscal y medio ambiente: nuevas perspectivas de actuación", en LA LEY, 1993, T. 4, p. 946.



el comienzo lo importante de respetar y conservar el medio ambiente, de forma que el hombre no caiga en la tentación de mediatizarlo totalmente en aras de beneficios inmediatos. Me estoy refiriendo a la naturaleza de bien jurídico difuso que se le suele atribuir.

En su conceptualización original, debida a Sgubbi, se considera a tales bienes como aquellos que surgiendo de tensiones socio económicas se encuentran difundidos en amplias capas de la sociedad.<sup>240</sup> En este sentido el medio ambiente no cabe duda es un bien jurídico colectivo de los calificados de difusos.<sup>241</sup>

Las tensiones socio económicas aludidas se ponen claramente en evidencia, como en ningún otro supuesto, si nos fijamos en las consecuencias de la revolución

---

<sup>240</sup> Los intereses difusos son definidos por Sgubbi como:

"aspiración presente de modo informal y propagada a nivel masivo en ciertos sectores de la sociedad de un control sobre el contenido y desarrollo de las posiciones económico-jurídicas dominantes, todavía cerradas a la participación",

lo cual le lleva a afirmar más adelante que:

"el interés difuso es la resultante de una fuerza real que emerge de la sociedad".

SGUBBI, F.: "Tutela penale di "interessi diffusi"", en La Questione criminale, 1975, pp. 449 y 450.

<sup>241</sup> No en vano, como señala Mateos Rodríguez-Arias, la concepción de Sgubbi de los intereses difusos tuvo su origen en una relación que el autor presentó a la III Convención de la Asociación Italiana de Derecho Comparado, celebrada en Salerno en mayo de 1975, sobre el tema "Tutela jurídica de los intereses difusos, con particular atención a la protección del ambiente y de los consumidores". MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: "El medio ambiente como ejemplo de interés difuso protegido por el Derecho penal", en CGPJ (edit.), Cuadernos de Derecho Judicial: "Intereses difusos y Derecho penal", 1994, p. 287.

industrial. Es precisamente la evidencia de lo inasumible que es el seguir con la misma progresión de contaminación y destrucción del medio ambiente que el avance industrial del último siglo y medio ha supuesto, lo que ha hecho aflorar la conciencia de la absoluta necesidad de introducir factores correctores en tal avance; y ello, en orden a compatibilizar de la mejor forma posible los beneficios que para la persona se derivan del progreso industrial, con los perjuicios que tal progreso implica también para las personas, como consecuencia del deterioro que ocasiona en el medio ambiente. La evidencia de la necesidad de respeto al medio ambiente, junto con la irrenunciabilidad a los logros y comodidades derivadas del avance de la civilización, han llevado a la idea de desarrollo sostenible, que precisamente busca el equilibrio entre las dos premisas señaladas.<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> La idea de desarrollo sostenible, tiene su origen en los estudios realizados a instancias del Club de Roma y publicados en 1972 por el presidente de la Comisión de la CEE, las conclusiones a las que se llegaban eran las siguientes: 1. Si las actuales (1972) tendencias de crecimiento de la población mundial, industrialización, contaminación, producción de alimentos, y explotación de recursos continúa sin modificaciones, los límites del crecimiento en nuestro planeta se alcanzarán en algún momento dentro de los próximos cien años. El resultado más probable será una declinación súbita e incontrolable tanto de la población como de la capacidad industrial. 2. Es posible alterar estas tendencias decrecimiento y establecer unas condiciones de estabilidad económica y ecológica capaces de ser sostenidas en el futuro. El estado del equilibrio global puede ser diseñado de tal forma que las necesidades materiales básicas de cada persona sobre la tierra sean satisfechas y que cada persona, mujer u hombre, tenga igualdad de oportunidades para realizar su potencial humano individual. Y 3. Si la población del mundo decidiera encaminarse

La relación inversa entre industrialización, con lo que de desarrollo económico conlleva, y conservación del medio ambiente, muestra de nuevo la estrecha interdependencia entre factores artificiales y naturales que ya hemos visto se plasmaban en las concepciones amplias anteriormente expuestas. Recuérdesse como en una de las más aceptadas se ponía en relación el medio ambiente con el nivel de calidad de vida derivada del desarrollo actual.<sup>243</sup>

Por ello, y pese a que se afirma que el interés difuso se convierte en bien jurídico colectivo cuando se reconoce formalmente por el ordenamiento,<sup>244</sup> superando de esta manera

---

en este segundo sentido y no en el primero, cuanto antes inicie esfuerzos para lograrlo, mayores serán sus posibilidades de éxito.

En 1992, veinte años después, se ha llevado a cabo un nuevo estudio intentando actualizar los resultados de aquél de 1972 -y los de otros que se fueron produciendo por medio-; el resultado, pese a que las previsiones eran muy pesimistas (en atención a los problemas del ozono, del efecto invernadero, del aumento drástico de la deforestación, de la contaminación de ríos y mares,...) alentó la esperanza. Las conclusiones de 1972 seguían siendo válidas, habida cuenta de las tecnologías e instituciones inventadas en el período 1971-1991, pero los límites del crecimiento que imponían deben ser reforzados. (Vid. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., pp. 23 y ss.). Esta idea de desarrollo sostenible fue también cuestión nuclear en la cumbre de Río del mismo año, 1992.

Asimismo el artículo 2 del tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 establece que: "la Comunidad tendrá por misión promover... un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente...".

<sup>243</sup> Vid. *supra* epígrafe 3.1 de este mismo capítulo.

<sup>244</sup> Vid. SGUBBI, F.: "Tutela penale di "interessi diffusi"", op. cit., p. 440, en nota al pie. En el mismo sentido: PERIS RIERA, J.M.: Delitos contra el medio ambiente, op. cit., p. 24. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: "El medio ambiente como ejemplo de interés difuso protegido por el Derecho penal", op. cit., p. 289.

el aspecto puramente fáctico de reivindicación social, creo necesario efectuar una precisión importante.<sup>245</sup> Pese a su plasmación como bien jurídico digno de protección penal, las tensiones existentes entre los intereses de los sectores o grupos con poder dentro de la sociedad, y los intereses de la gran mayoría de los ciudadanos, siguen plenamente subsistentes.<sup>246</sup> Me estoy refiriendo tanto a las

---

<sup>245</sup> Precisión que está en la base de la concepción de Sgubbi, y que como señala Quintero Olivares, planteaba el problema de la "imposible" protección de los intereses difusos; y no sólo porque tales intereses, pese a poder encontrar apoyos constitucionales carecieran en la práctica de una protección jurídica efectiva, sino porque tal protección resultaría contradictoria con el funcionamiento de la sociedad (capitalista). Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "Delitos contra los intereses generales o derechos sociales", RFCUCM, núm. 6, Monográfico sobre las V Jornadas de Profesores de Derecho penal, 1983, p. 570.

<sup>246</sup> En este sentido me parecen sumamente ilustrativas algunas de las referencias que Octavio de Toledo efectúa en relación con la dinámica histórica de las conquistas del hombre frente al Poder. Señala que aquellos que se van viendo obligados a ceder en su dominio tienen dos opciones; la primera llevaría a la generación de grandes traumatismos sociales al defenderse hasta el límite frente los intentos de restarles Poder; la segunda consistiría en elaborar instrumentos alternativos para preservar sus parcelas de dominio. Pues bien, entre estos instrumentos alternativos señala que tienen cabida los de carácter jurídico, los cuales pueden llegar a vaciar de contenido al bien jurídico o en todo caso disminuir notablemente su alcance. Estos instrumentos jurídicos alternativos serían, entre otros: los que permitirían imponer penas con facilidad a los delincuentes comunes, mientras que tal tarea resulta ardua si se trata de hombres de negocios, financieros o políticos corruptos; los que acaban conformando un sistema de inmunidad y criminalización selectivas; o los que llevan a dificultar la criminalización policial, fiscal y judicial de ciertos hechos delictivos funcionales para el sistema de producción y distribución de riquezas y poder, y a facilitar la criminalización de los hechos disfuncionales para el propio sistema. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en ADPCP, 1990, pp. 12 y 21.

Esto último encajaría en la concepción de Parsons, quién según Terradillos: "... opta por la estrategia de cambios dentro

grandes multinacionales como a los propios gobiernos; dado que estos últimos, si bien generan, directamente o a través de sus grupos parlamentarios, normas protectoras del medio ambiente, son simultáneamente grandes empresarios interesados en optimizar costes, y ello con independencia de que se actúe en beneficio de la economía en su conjunto, y por tanto en beneficio de los ciudadanos.<sup>247</sup> Por otro lado no se puede desconocer que los resultados económicos a corto plazo dan más votos que las ventajas que, más a largo que a medio plazo, se puedan obtener de un mayor rigor en la protección medioambiental.

Por otra parte, entiendo que acuñada la terminología de intereses difusos se le puede sacar una mucha mayor utilidad que la que deriva de la referencia a la génesis de una clase de bienes jurídicos.

Así, ante la absoluta evidencia de la necesidad de protección del medio ambiente, incluso desde el ámbito del

---

del sistema (máxima efectividad en el control de los comportamientos gravemente disfuncionales y máxima tolerancia con las conductas que no cuestionan el sistema aunque sean socialmente -es decir para el gran número- dañosas) que evite los cambios "de" sistema". TERRADILLOS BASOCO, J.: "La satisfacción de necesidades...", op. cit., p. 135.

<sup>247</sup> En sentido más crítico se pronuncia Prats Canut, quien señala: "...la falta de voluntad política de las clases dominantes en afrontar y resolver la raíz de la degradación medioambiental, pues ello representaría la renuncia a un sistema económico que se viene caracterizando por el amplio margen de lucro que dichas clases dominantes obtienen del mismo". PRATS CANUT, J.M.: "Observaciones críticas sobre la configuración del

Derecho penal, y a la vez, ante el posicionamiento adoptado a favor de la consideración personalista de todo bien jurídico, la categoría de los bienes jurídicos difusos puede permitir el mantenimiento de ambas proposiciones simultáneamente.

Partiendo de que todo bien jurídico colectivo debe tener un referente individual detrás de él que le sirva de justificación ante una intervención del Derecho penal, impidiendo de este modo el abrir una vía de entrada a la mera protección de funciones, se apuesta por la opción de considerar los atentados contra los bienes jurídicos colectivos como puestas en peligro de bienes jurídicos individuales. Pero en ocasiones tal técnica jurídica no será factible, debido fundamentalmente, entiendo, a una dificultad inherente a determinados bienes que impide la "constatación empírica" de un contenido de injusto mínimo en los concretos referentes individuales,<sup>248</sup> en esos casos la categoría de los intereses difusos puede desplegar su virtualidad.

Así, tal y como propongo entender la categoría de los bienes jurídicos difusos, la misma viene integrada por

---

delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980", op. cit., p. 745.

<sup>248</sup> Entrecomillo esta referencia a la constatación empírica porque no estoy aludiendo con ella a un mundo exterior objetivo y directamente aprehensible, sino simplemente al consenso actual sobre la validez del método científico.

bienes que comparten unas características comunes inherentes a los mismos, lo cual conduce a que, a los bienes normalmente considerados difusos en atención a una génesis que trae causa de tensiones socio-económicas, cabrá añadir otros que, pese a no tener tal origen, compartan esas características que a continuación voy a intentar fundamentar como comunes a todo un grupo de bienes jurídicos. Bienes a los que perfectamente podremos denominar como difusos por su naturaleza, en contraposición a la subclase que dentro de los mismos representarían los difusos por su origen.

Se da en esta clase de bienes jurídicos una cierta paradoja, por un lado en ellos están más determinados a priori que en el resto de los denominados bienes jurídicos colectivos los sujetos que acabarán viéndose afectados;<sup>249</sup> pero por otra parte, normalmente se hace muy difícil justificar un contenido mínimo de injusto en algún

---

<sup>249</sup> Realmente no creo que sea tan paradójico, de hecho la relación determinación/indeterminación de los sujetos puestos en peligro no es necesariamente paralela a la relación menor/mayor extensión del peligro. En este sentido Doval Pais, analizando la relación que pueda existir entre la indeterminación de los sujetos afectados por un peligro y extensión del mismo, señala que:

"...en la medida en que los sujetos están determinados el peligro tendrá una extensión limitada; si embargo, si no lo están lo máximo que se podrá afirmar es que el peligro posee una extensión indeterminada".

A lo que añade que incluso pueden imaginarse supuestos en los que las personas determinadas sometidas al peligro fueran muchas más que las indeterminadas que "en la realidad" estuvieran expuestas a peligro. Vid. DOVAL PAIS, A.: Delitos de Fraude Alimentario, op. cit, p. 310.

referente individual que justifique por sí la actuación penal, cosa que sí será normalmente posible en los colectivos no difusos.

Los sujetos que se verán afectados se encuentran más determinados que en aquellos bienes jurídicos considerados normalmente colectivos (que en la construcción que defiendo deberemos haber conseguido reconducir a bienes individuales), porque todos los candidatos a verse involucrados acabarán siéndolo. El círculo de candidatos/afectados vendrá determinado por la propia naturaleza del concreto bien jurídico difuso; así en el caso del medio ambiente, y según todo lo dicho en torno a su naturaleza sistémica, lo serán todos los habitantes del planeta, y en el caso, por ejemplo de la hacienda pública española, lo serán los ciudadanos españoles.<sup>250</sup> Por tanto no necesitamos esperar al desarrollo de la concreta conducta

---

<sup>250</sup> En este contexto puede traerse a colación la Sentencia 2207/78 de la Corte Suprema Italiana de Casación, (citada por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: "El medio ambiente como ejemplo de interés difuso protegido por el Derecho penal", op. cit., p. 288), que tratando de la cuestión de la legitimación procesal para actuar en defensa de los denominados intereses difusos señaló que los mismos:

"...son inidóneos para ser considerados en el ámbito exclusivamente individual, pudiéndose pues referir al sujeto no ya como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente al límite con la generalidad de los ciudadanos".



típica para conocer los sujetos afectados, basta el análisis del bien difuso en cuestión.<sup>251</sup>

Pero, precisamente por ello forma parte de la naturaleza de los bienes jurídicos difusos el que su contenido de injusto venga integrado por su mera puesta en peligro,<sup>252</sup> o

---

<sup>251</sup> Con este entendimiento la idea de Hassemer de que: "La legislación penal moderna ... criminaliza esencialmente delitos de víctimas difusas", se vería superada, y con ella uno de los presupuestos a los que dicho autor asocia la disolución del concepto de bien jurídico, y que le lleva a decir que: "el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales..." HASSEMER, W.: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", op. cit., p. 279. (La negrita es añadida).

<sup>252</sup> Dado que al hablar en epígrafes anteriores de la seguridad colectiva se dijo que no tenía sentido aludir a la puesta en peligro de la misma, conviene señalar que en el entendimiento de los bienes difusos que estoy defendiendo no van a tener cabida aquellas construcciones que apelan a la idea de seguridad para conformar supuestos bienes jurídicos colectivos; así, la seguridad del tráfico, la seguridad en el trabajo, y la ya comentada seguridad colectiva, forman parte del conjunto de esos pretendidos bienes supraindividuales que desde mis planteamientos, y con un contenido de injusto a nivel de peligro, entiendo cabe reconducir a bienes jurídicos individuales.

Pues bien, en la medida en la que aludamos al término "seguridad" para describir un bien jurídico, nunca tendrá cabida respecto del mismo un contenido de injusto que no sea de lesión; la mera amenaza a la seguridad la menoscaba, se trata de una cuestión conceptual. (Vid. supra epígrafes III.2.1 y III.2.2). En cambio, si el bien de que se trate, individual o difuso, no apela al concepto de seguridad para definirse, las posibilidades de configurar su contenido de injusto serán tanto de lesión como de peligro. Ello dependerá de que se entienda que la realización del tipo menoscaba alguna condición esencial para el disfrute del bien en cuestión (lesión), o que sólo represente una amenaza para alguna de esas mismas condiciones esenciales (peligro).

Esto último sería lo que sucedería en el supuesto del artículo 354 NCP, caso de que el fuego, por ejemplo, sólo destruyera una pequeña cantidad de maleza. No habría menoscabo alguno para el monte, antes al contrario éste saldría beneficiado, pero no obstante, y como se verá en su momento, habrá existido (en la medida en la que se está considerando incendio a tal fuego) peligro de que el fuego se propagara, y por tanto un elemento esencial para el medio ambiente (y con él

en todo caso por "micro-lesiones" de los mismos, lo cual vendrá a representar un peligro muy leve para el bien jurídico individual que le subyazca. La razón de que tan leve ataque acabe por involucrar al Derecho penal se encuentra en que el peligro (o la "micro-lesión")<sup>253</sup> para el

---

el mismo medio ambiente) se habría visto amenazado. Se trataría por tanto de un bien jurídico difuso donde la reacción penal encontraría cabida desde la mera puesta en peligro del mismo. No obstante, bastaría que en lugar de maleza se hubieran quemado un par de árboles (o uno sólo), para poder entender que ya se ha menoscabado (lesionado) el monte, y con él el medio ambiente, máxime desde el entendimiento sistémico que con anterioridad he defendido del mismo.

Por todo ello, pese a no compartir la opinión de Maqueda cuando dice que:

"... la afirmación de que estos delitos que protegen bienes colectivos (se está refiriendo en especial a los llamados a satisfacer necesidades de carácter social) son "delitos de peligro" es matizable. Pues si bien en ellos la idea de peligro puede estar presente en relación a esos bienes jurídicos individuales subyacentes, la conducta que altera su "seguridad", o mejor, las condiciones imprescindibles para su disfrute, no es ya de peligro sino de lesión", no puedo dejar de reconocer que en la gran mayoría de los supuestos es así. Vid. MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup>.L.: "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992", en AP, 1994-1, p. 492. En sentido similar RODRÍGUEZ MONTAÑES, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid, 1994, p. 302.

Distinto es que corroborado un menoscabo en una de las condiciones imprescindibles o esenciales en la configuración de un bien colectivo, se considere que el mismo es tan leve que pareciera conveniente aludir al mismo como peligro antes que como menoscabo.

<sup>253</sup> La expresión: "micro-lesión", está tomada de García Rivas; el cual, partiendo de la distinción entre los conceptos de lesión y destrucción, la utiliza para aludir a los menoscabos propios de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual. En este sentido nos recuerda que:

"...la expresión "lesión del bien jurídico" puede significar tanto la destrucción del mismo como su menoscabo, por lo que habrá que valorar como lesión aquellas acciones que sólo realizadas en masa pueden llegar a destruir (o acercarse a la destrucción) del interés. Cada una de esas acciones puede interpretarse como micro-lesión del bien jurídico tutelado por la norma". GARCÍA RIVAS, N.:

bien inmediatamente afectado (en este caso el medio ambiente), no sigue una única dirección en orden a la afectación del bien jurídico individual que le subyazca, sino que se divide en tantas direcciones distintas como personas se encuentren en relación con el bien difuso puesto en peligro o lesionado, lo cual lleva a que la intensidad del ataque se diluya de tal forma que normalmente resultará imposible encontrar un curso causal concreto que por sí mismo justifique la acción penal, y aunque pueda haberlo ello no evita que el resto de sujetos inmersos en el círculo de influencia del bien difuso se vean también afectados.<sup>254</sup>

---

Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial, Barcelona, 1998, p. 119.

Así, previamente había concluido que: "la penalización es legítima porque en verdad se trata de conductas lesivas y no sólo peligrosas". *Ibid*, p. 118.

El matiz diferencial con otros menoscabos vendría representado porque la: "... magnitud (de las micro-lesiones) no permite detectar la lesión del mismo mediante acciones aisladas, siendo sólo una suma de ellas la que podría dar lugar a esa lesión". *Ibidem*. La negrita y el paréntesis son añadidos.

Me he permitido destacar el verbo "detectar", porque con el mismo tal vez se pudieran corresponder mis referencias a las posibilidades o no de comprobación empírica a efectos de calificar los bienes jurídicos en individuales o difusos. En todo caso tal "imposibilidad" de detección de lesión yo la refiero directamente al bien jurídico que actúe como referente individual. Y además, no considero que la misma traiga causa necesariamente (aunque con frecuencia así será) de la necesidad de una acumulación de múltiples acciones para que el menoscabo pueda detectarse, razón por la cual no he aludido a esta cuestión a la hora de distinguir entre bienes jurídicos de una u otra clase.

<sup>254</sup> No obstante, a nivel teórico las nuevas ideas que se desprenden de la llamada física del caos, que además entronca perfectamente dentro del pensamiento sistémico, pueden servir de apoyo al consenso acerca de la existencia de un mínimo de

La diferencia con los bienes jurídicos que, sin poder catalogarse como difusos, se vienen calificando de colectivos (y que aquí se han reconducido a bienes individuales), se encontraría según lo visto, en que en estos, aunque inicialmente no se sepa a quien/es ni a cuantas personas se va a poner en peligro, en el transcurso de los hechos éstas acaban concretándose (con independencia de que se haya podido probar, en teoría habrá existido la posibilidad de hacerlo), y al margen de que los sujetos que finalmente hubieran podido resultar lesionados fueran uno, varios, o el conjunto de los afectados.<sup>255</sup>

Por todo ello negábamos antes la consideración de bien jurídico para la seguridad colectiva, en la medida en la que era posible concretar los bienes individuales, y en cambio ahora afirmamos que el medio ambiente sí constituye un bien jurídico penal dotado de autonomía. Pero autónomo

---

injusto en este tipo de bienes jurídicos; y ello pese a no servir para individualizar cursos causales concretos, sino antes al contrario para aseverar la imposibilidad de tal individualización. Vid. *infra* epígrafe IV.2.2.

<sup>255</sup> En la búsqueda de las características definitorias del peligro general (al que se referían los delitos tipificados en el Capítulo II del Título V del Libro II del VCP, y que hoy aparecerían integrados en el Título XVII del NCP, resaltando la ya sabida inclusión -formal- de los incendios entre los mismos), Doval Pais, en su libro dedicado al estudio de los delitos de fraude alimentario, lleva a cabo un exhaustivo análisis de la doctrina y jurisprudencia extranjera y española al respecto; llegando, entre otras, a la conclusión de que en atención a los sujetos puestos en peligro lo importante es la indeterminación de los mismos, y ello con independencia de que sólo uno, varios o todos los individuos puestos en peligro puedan finalmente resultar lesionados. Cfr. DOVAL PAIS, A.: Delitos de Fraude Alimentario, op. cit., pp. 310 y ss.

en el sentido indicado: no por ser el fin último de protección, sino precisamente por entender que existe la evidencia de la afectación de todos los individuos.

Tal evidencia viene avalada (y en parte creada) por la apreciación de que sectores mayoritarios de la ciudadanía así lo estiman. No obstante, para poder considerarlo como bien jurídico penal, se necesitará que ese reconocimiento de la mayoría no sólo abarque la afectación del conjunto de los individuos, sino también que dicha afectación sea lo suficientemente relevante como para dar entrada al Derecho penal. Siendo ello así no cabría predicar la "levedad" del peligro para los referentes individuales (vida, salud) como argumento para cuestionar la procedencia de intervención penal; precisamente ese acuerdo mayoritario respondería a la apreciación de la gravedad del peligro de que se trate, aunque la eventual materialización de éste, por hallarse diferido en el tiempo, nos lleve a cuestionarlo.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> Por ello no creo ir en contra de Mir Puig cuando, tras advertirnos que: "Puede suceder que un interés muy difundido en la Sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve", afirma que: "El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo". MIR PUIG, S.: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius puniendi*", op. cit., pp. 212 y 213. Lo único que hago es añadir que para la determinación de la levedad o gravedad de ese peligro será necesario atender a cómo la aprecia la Sociedad.

De nuevo se puede apreciar como la visión antropocéntrica del medio ambiente, con los matices antes comentados, impregna la autonomía del medio ambiente en tanto que bien jurídico digno de protección penal.

#### **3.4.1 - De nuevo sobre la relación entre legitimidad democrática y bienes jurídicos**

Acabo de aludir al aval que representa para la consideración de un bien jurídico difuso como digno de protección penal el hecho de que así lo considere un sector mayoritario de la sociedad. Pues bien, esto que es inherente a los bienes difusos en atención a su origen en tensiones socio-económicas, es igualmente necesario para cualquier otro bien jurídico que se quiera tener por tal en una sociedad democrática; recuérdese al respecto todo lo comentado con anterioridad en orden a fundamentar la posición personalista que para todo bien jurídico sustento, y que es la que me lleva precisamente a esta catalogación de los bienes difusos por naturaleza como los únicos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales admisibles.

Para comprender mejor lo que quiero decir puede servir traer a colación la clasificación de los bienes jurídicos que efectúa Bustos Ramírez; clasificación que, como él

mismo señala, pretende facilitar la función garantista frente al intervencionismo estatal que todo bien jurídico debe representar. Dado que esto mismo es lo que persigo con mi concepción personalista de los bienes jurídicos que me ha llevado al entendimiento indicado de los bienes difusos, el contrastar las dos clasificaciones puede ser revelador.

Bustos clasifica los bienes jurídicos en dos grandes grupos, según se refieran a las bases y condiciones de subsistencia del sistema (serían los denominados individuales), o bien en tanto que referidos al funcionamiento del sistema, estableciendo entre estos tres subclases: institucionales, colectivos, y de control.<sup>257</sup>

1) Los institucionales entiende que vienen referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema, instituciones que atienden a crear procedimientos "organizativo-conceptuales" para asegurar los bienes jurídicos personales; entre ellos considera que se encuentran la administración de justicia, la fe pública, la seguridad del tráfico, o las garantías constitucionales. Dice además haber recogido esta terminología de bienes jurídicos institucionales (o institucionalizados) de Escrivá Gregori, el cual considera que tales bienes están en una relación de gradación respecto de los individuales,

---

<sup>257</sup> Vid. para todas las referencias que al respecto se van a efectuar en este epígrafe BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos...", op. cit., pp. 161 y 162.

ocupando una posición intermedia entre estos últimos y los bienes de carácter general (según su propia terminología), pues "constituyen como una barrera previa para la protección de los bienes "genuinos" que realmente importan: vida, integridad física, etc.". Esta gradación a la que alude se refiere al entendimiento de que al configurar un determinado delito como de peligro, se está convirtiendo en bien jurídico la seguridad de otro bien.<sup>258</sup>

2) Los colectivos hacen referencia, en esta clasificación de Bustos, a aquellos bienes en los que la intervención estatal responde a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, que implican la participación de todos en los procesos económico-sociales. Desde esta perspectiva parecen coincidir con la consideración de bienes difusos en cuanto a su génesis.

3) Los de control se refieren a la organización del aparato estatal; a ellos responderían, siempre según Bustos, los delitos contra la autoridad, contra la seguridad interior y exterior del Estado, etc.<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> Cfr. ESCRIVA GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976, p. 43; del mismo: "Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución", op. cit., p. 149.

<sup>259</sup> Doval Pais, pese a considerar útil la clasificación de los bienes jurídicos que efectúa Bustos, opta no obstante por adoptar otra perspectiva. Con ello pretende poner de manifiesto si son los bienes jurídicos colectivos los que determinan la estructura delictiva de las figuras típicas en las que aparecen (lo que ocurrirá en los bienes jurídicos que a continuación



Esta clasificación permitiría, a juicio de Bustos, y como ya se ha indicado, modular la intensidad de los límites a la intervención punitiva del Estado, en función de la clase o subclase de bien del que se trate. Así señala que las mayores restricciones a la intervención punitiva se deben dar en los bienes referidos al funcionamiento del sistema, y dentro de estos, deben ser mayores para los bienes calificados de colectivos, y todavía más para los bienes jurídicos de control.

Pues bien, considerando los bienes difusos en atención a la naturaleza común que definiendo, podrían considerarse como

---

veremos cataloga como de "nueva generación"); o bien si es la clase de ataques de la que se trata de preservar a algunos bienes jurídicos individuales la que condiciona esas estructuras delictivas que luego llevan a hablar de bienes colectivos (cosa que sucedería con los bienes que luego denomina como "colectivos tradicionales"). Con esta finalidad considera oportuno clasificar los bienes jurídicos en "tradicionales" y "de nueva generación". Los primeros se dividirían a su vez en "públicos (del Estado como institución, en sus diversas manifestaciones y funciones), individuales (de la persona) y los colectivos con referencia a los individuales (a través de los cuales se garantizan unas determinadas condiciones que aseguran la existencia de los anteriores; es el caso, por ejemplo, de la seguridad del tráfico, la salud pública o la seguridad en el trabajo)". Con esta catalogación de "tradicionales" se está refiriendo, no a su historia legislativa penal española, "sino al modo de su configuración y a las relaciones que guardan con bienes jurídicos individuales clásicos, como la vida, la integridad física o la salud de las personas". En cuanto a los de "nueva generación", que también denomina "modernos", considera que constituyen una nueva clase de bienes jurídicos "integrada por objetos de naturaleza propiamente difusa (como, por ejemplo, el orden económico, la ordenación del territorio o el medio ambiente)"; entendiendo además que los mismos se presentan desligados de los bienes individuales, razón por la cual "es difícil negar que se constituyan en bienes, jurídicos colectivos autónomos". Cfr. DOVAL PAIS, A.: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en CGPJ (edit.), Cuadernos de Derecho Judicial: "Intereses difusos y Derecho penal", 1994, pp. 27 y ss.

tales algunos de los institucionales, los propiamente calificados de colectivos por Bustos, y también los de control.

Respecto de los institucionales, en la medida en la que como se ha visto parecen encerrar una gradación lesión bien institucional/peligro bien individual, y según la posición que vengo manteniendo al respecto, es claro que siempre que sea posible "desenmascarar empíricamente" tal interrelación optaré por su configuración como delitos de peligro contra bienes individuales; así, en los delitos denominados formalmente como contra la seguridad del tráfico, prefiero entenderlos como delitos de peligro para la vida y salud de las personas concretas que como delitos de lesión para esa evanescente seguridad. Lo mismo entiendo que ocurre en los delitos contra la salud pública, expresamente incluidos entre los institucionales por Escrivá.<sup>260</sup> No en vano ambas categorías de delitos se encuentran bajo la rúbrica genérica de delitos contra la seguridad colectiva, sobre la que ya me posicioné críticamente. En aquellos bienes calificados de institucionales en los que un tal desenmascaramiento no sea posible, no quedará otra opción que valorar su posible catalogación como bienes difusos. Ello entiendo que es lo que ocurre con, por ejemplo, la

---

<sup>260</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: "Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución", op. cit., p. 149.

administración de justicia, incluida expresamente por Bustos entre los bienes institucionales.<sup>261</sup>

De este modo hemos trasladado al ámbito de los bienes jurídicos individuales parte de los bienes que se vienen considerando como colectivos (en sentido amplio, no en el restrictivo de Bustos). Pero esta restricción que se opera dentro de los bienes colectivos en sentido amplio, mediante el cribaje de algunos de los bienes jurídicos denominados institucionales, se ve limitada, como ya he indicado, por la consideración como bienes difusos por su naturaleza, que ya he indicado, de los bienes colectivos en el sentido estricto de Bustos, y de los bienes de control.<sup>262</sup>

---

<sup>261</sup> Cuestión distinta es la de su ubicación como bien institucional o como bien de control.

<sup>262</sup> Comparando la clasificación de los bienes jurídicos que efectuaba Doval Pais con la que se mantiene en estas páginas se pueden apreciar ciertos paralelismos. Si bien para ello es necesario realizar algunas aclaraciones. Como en mi construcción parto de la necesidad de dotar a todo bien jurídico de un referente individual, la razón que vimos llevaba a Doval Pais a su clasificación de los bienes jurídicos no puede estar en el origen de la mía. (Vid. *supra* en nota a pie de página ). Siempre será la clase de ataques de la que se quiera preservar a los bienes individuales la que determinará las estructuras delictivas. Los bienes difusos serán aquellos que compartan una clase común de ataque a bienes individuales; es decir, una cierta naturaleza común. Aclarado este extremo, los bienes colectivos "tradicionales" que Doval Pais considera como bienes colectivos de referente individual, en mi clasificación entrarían directamente dentro de los bienes individuales, si bien a través siempre de estructuras típicas de peligro. Por su parte los que considera como "modernos" o "de nueva generación", que entiende no están vinculados a referentes individuales, y que por tanto no puede ser la clase de ataque a los mismos la que determine su naturaleza, en mi concepción formarían parte de los difusos, y dado que he dicho que también a estos creo posible (y necesario) dotar de referente individual, será por

Por tanto, aunque antes dije que no se deberían considerar más bienes jurídicos colectivos que aquellos que pudieran catalogarse de difusos, ello no representa por sí una disminución radical de los bienes que normalmente se vienen considerando como colectivos, y ello porque la categoría de los difusos la amplió considerablemente al atender, como ya he repetido, a una determinada naturaleza común y no a su origen.

---

relación a los mismos como podamos catalogarlos de difusos. Evidentemente la clase de ataques que sea común a los bienes jurídicos colectivos "tradicionales" (que me permite considerarlos directamente como individuales), y la que lo sea a los difusos no es la misma. Lo común a los ataques tipificados de bienes colectivos "tradicionales" será la puesta en peligro de los correspondientes referentes individuales de un colectivo de sujetos no determinado en el momento de la acción típica, pero que acabará por determinarse, siendo indiferente que finalmente sean uno o más los sujetos afectados. Lo común a la clase de ataques tipificados que permitirá catalogar a un bien jurídico como difuso será que pese a la convicción social de que afectan necesariamente a valores personales de todo un colectivo (que puede llegar a coincidir con el conjunto de la comunidad, incluso internacional), y estando por tanto los sujetos pasivos determinados, normalmente no será posible verificar de forma empírica cursos causales que avalen la afección de personas concretas del colectivo en cuestión.

Restaría en esta comparación situar a los bienes jurídicos calificados por Doval Pais como públicos, que en su concepción forman una subclase de los bienes "tradicionales", y que tal y como me he pronunciado en el texto yo los incluyo dentro de los difusos. Para ver como aquí las posiciones también son más cercanas de lo que en principio se podría pensar, es interesante destacar como, pese a que Doval Pais considera que los bienes colectivos "de nueva generación" ocupan una posición intermedia entre los estrictamente individuales y los de naturaleza pública (estatal o internacional), señala expresamente que la separación de los bienes colectivos "de nueva generación" de los de carácter público dista de ser nítida en todos los casos. Cfr. DOVAL PAIS, A.: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", op. cit., pp. 27 y ss. y 38.

Cómo mantener entonces, como mantengo, que todo ello representa un requisito garantista para las personas frente al intervencionismo estatal; máxime cuando precisamente aquellos bienes que en la clasificación de Bustos implican una mayor restricción a la intervención punitiva del Estado los incluyo en la categoría de los bienes difusos.<sup>263</sup>

Pues bien, considero que realmente estoy manteniendo una posición que se puede compatibilizar en buena medida con la de Bustos. En su caso establece una clasificación de los distintos bienes jurídicos en orden a ilustrarnos en cuales de ellos debemos poner más énfasis a la hora de exigir que realmente cumplan la función garantista que en una sociedad democrática corresponde a todo bien jurídico. Por mi parte realmente no persigo nada distinto, lo que pretendo es

---

<sup>263</sup> Precisamente Portilla Contreras, persiguiendo como persigue que la deseable reducción del Derecho penal no se realice a costa de los denominados bienes colectivos, encuentra una razón de peso para relativizar la defensa de tales bienes colectivos en el hecho de que facilitan la intervención del Estado en materias como orden público o seguridad interior. Vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en CPC, núm. 39, 1989, pp. 744 y 748.

Es significativo señalar cómo la consecución de un Derecho penal mínimo pasa para este autor justamente por la vía: primero, de la necesidad de valoración social del interés protegido (para lo que entiende que se debe partir de la Constitución, pero sólo en tanto que límite mínimo exigible, y posibilitando la revisión crítica de la misma), y segundo, y como criterio básico, por el principio que denomina de "individualización de la ofensividad", para lo que considera que se deben seleccionar como bienes jurídicos penales "sólo aquellos valores cuya vulneración representa la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente al individuo". (Ibid, pp. 744 y 745).

Como ya se puede apreciar, existe un cierto paralelismo entre las dos premisas de Portilla Contreras y la construcción que vengo intentando fundamentar.

poner a la persona siempre en el centro y como justificación de cualquier actuación penal. Ello se traduce, como ya se vio, en la exigencia de que todo bien jurídico tenga un referente personal directo, incluso en el caso de los colectivos (razón por la que prefiero calificarlos de difusos).

Pues bien, el respeto a las mayorías, auténtica esencia de la democracia, es justamente lo que permite fundamentar ese referente personal directo incluso en los bienes que he catalogado de difusos; pues, como ya dije con anterioridad, el hecho de que un sector mayoritario de la sociedad converja en la necesidad de protección de determinado bien, conlleva necesariamente que el mismo sea un valor para cada una de esas personas, que precisamente por ser absolutamente iguales en dignidad a aquellas otras que integren el sector minoritario, permite respaldar la imposición de tal bien.

Recordada esta exigencia de consenso mayoritario para todo bien jurídico, y considerando que la misma se ve enormemente facilitada por la posición personalista que mantengo, es por lo que entiendo que mi clasificación de los bienes jurídicos entre individuales y difusos puede servir de base sólida para la función garantista asignada

al bien jurídico penal.<sup>264</sup> Asimismo, y dado el papel expreso que en esta clasificación juega la cuestión del consenso mayoritario, la misma sirve de filtro ante la mera protección de funciones. En este sentido, aunque antes he dicho que los bienes que en la clasificación de Bustos eran catalogados como bienes de control se podrían integrar en la categoría de los difusos, ello será posible sólo en la

---

<sup>264</sup> No obstante, no puedo dejar de señalar la aparente paradoja que supone el afirmar que para determinados bienes jurídicos (los que he calificado de difusos), su justificación reside exclusivamente en que vengan avalados como tales por la mayoría de la Sociedad; lo que, al margen de las críticas que se deban efectuar a aquellos bienes que se entienda que no responden a tal petición social, en último término viene a representar la mera garantía formal del principio de legalidad, siendo que la categoría del bien jurídico precisamente lo que pretende es dotar de contenido material a tan esencial principio.

Pues bien, he calificado a tal paradoja como aparente precisamente porque en la construcción que estoy defendiendo he puesto mucho énfasis en la necesidad de profundizar en la legitimidad democrática del sistema, lo cual salvaría la otra "aparente paradoja" que se produce cuando, pese a cargarse las tintas en torno a la función garantista de los bienes jurídicos, se constata que en la práctica incluso el régimen nazi asumió como dogma la categoría del bien jurídico. (Respecto de esta última afirmación vid. MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1976, p. 131). La explicación a esta segunda aparente paradoja se encuentra en que:

"... las garantías individuales no dependen sólo de que se reconozca que las normas jurídicas cumplen una función valorativa, sino que requieren, además, que las valoraciones contenidas en ellas sean conformes a un régimen de libertades". COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 325.

A lo que añaden estos autores que:

"Un sistema de valores modelado, v.g., sobre pautas transpersonalistas, difícilmente podrá garantizar al individuo los derechos que, como ser humano, le corresponden". *Ibidem*.

Pues bien, el sistema penal de una Sociedad que camine en la consecución de una auténtica legitimidad democrática entiendo que nunca podría tacharse de transpersonalista.

medida en la que respondan a la exigencia de una mayoría de la sociedad.<sup>265</sup> Cuestión ésta que como viene a decir Bustos, y he aquí el porqué de su clasificación, es más dudosa en esta clase de bienes que en los que podemos calificar de individuales. Si bien, ello no significaba, tampoco en la concepción de Bustos, que por el hecho de estar ante un bien jurídico individual, el mismo no deba responder a esa petición mayoritaria de la sociedad. En este sentido el citado autor tras afirmar que este tipo de bienes jurídicos (los referidos, en su clasificación, a las bases y condiciones de subsistencia del sistema), son los que presentan menores restricciones a la intervención punitiva del Estado, advierte que no obstante frente a muchos de ellos hay:

"...que hacer una revisión crítica por la introducción de elementos perturbadores en la intervención punitiva, que pueden tener su origen en determinadas concepciones morales, ideológicas o culturales, que no se corresponden con una configuración democrática del sistema social,...".<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> El encontrarnos con un supuesto bien jurídico colectivo en el que no se pueda determinar, aunque sea a posteriori, un contenido de injusto para concretos referentes individuales, y que tampoco tenga cabida dentro de la categoría de los bienes difusos, por faltarle en respaldo de la mayoría, tendrá como consecuencia que el delito que lo recoja será un delito de mera desobediencia o de policía, y por tanto, en coherencia con todo lo expuesto, rechazable.

<sup>266</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Los bienes jurídicos colectivos...", op. cit., p. 162.



Por tanto, esa fundamentación democrática de todo bien jurídico será la única que permitirá dotar a los mismos de la función garantista que les queremos asignar. Como los bienes que se vienen calificando de difusos (por su origen) dicen responder a exigencias y concienciaciones sociales, parece que en ellos el posible déficit democrático es menos cuestionable;<sup>267</sup> pero en todo caso, el que tal respaldo social realmente exista es necesario. Como igualmente es necesario en el caso de los bienes jurídicos individuales; por más que algunos de los mismos parezca que son incuestionables en realidad no se trata sino de una cuestión cultural.<sup>268</sup> El entenderlo así nos permite tomar

---

<sup>267</sup> Tal vez por ello, Doval Pais, no pudiendo desde su clasificación de los bienes jurídicos (*vid. supra* en notas a pie de página ) dotar de un fundamento común a la necesidad de pena de los bienes que denomina colectivos tradicionales (o con referente individual), y a los colectivos de nueva generación (o difusos), entiende que para los primeros tal necesidad de tutela se basa en la misma necesidad de protección de bienes esenciales para el desarrollo de la persona, mientras que para los difusos se encontraría exclusivamente, bien en la obligación constitucional de protegerlos, o bien "apelando tautológicamente a su propio carácter de intereses difusos"; carácter que a continuación pone en relación directa con la tesis ya conocida de Sgubbi, aludiendo al respaldo de amplios sectores de la sociedad. *Vid. DOVAL PAIS, A.: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", op. cit., pp. 27 y 28.*

<sup>268</sup> Esto es singularmente puesto de manifiesto por la ontología constructivista que defienden Maturana y Valera, y que sorprendentemente (o no tanto) permite desde la biología posicionarse de forma incondicional a favor de la democracia. *Cfr. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit.*

Así, tras argumentar desde la biología que el lenguaje, en atención a su origen, no puede utilizarse para aprehender un hipotético mundo objetivo externo (*ibid.* pp. 178 y ss., en especial pp. 200 y 201), señalan que:

conciencia de que tales bienes pueden ser cuestionados en un futuro más o menos próximo, y por tanto, en la medida en la que cada uno lo considere oportuno, nos llevará a posicionarnos en su defensa de cara a que el consenso

---

"Nuestras visiones del mundo y de nosotros mismos no guardan registros de sus orígenes, las palabras en el lenguaje (en la reflexión lingüística) pasan a ser objetos que ocultan las coordinaciones conductuales que las constituyen (operacionalmente) en el dominio lingüístico. De aquí que continuamente tengamos renovados "puntos ciegos" cognoscitivos, que no veamos que no vemos, que no nos demos cuenta de qué ignoramos. Sólo cuando alguna interacción nos saca de lo obvio -por ejemplo, al ser bruscamente transportados a un medio cultural diferente-, y nos permitimos reflexionar, es cuando nos damos cuenta de la inmensa cantidad de relaciones que tomamos por garantizadas. (...) Toda tradición se basa en lo que una historia estructural ha acumulado como obvio, como regular, como estable, y la reflexión que permite ver lo obvio sólo opera con lo que perturba esa regularidad." *Ibid.* pp. 205 y 206.

La búsqueda que ha llevado a estas conclusiones era el intento de averiguar cómo conocemos, el intentar conocer el conocer. Y con las respuestas obtenidas Maturana y Varela afirman que no tenemos acceso un mundo objetivo al que podamos acudir como garantía de consenso, sino que el mundo que vamos conociendo lo actualizamos, lo hacemos presente (en su expresión: "lo traemos a la mano") en la interacción con los otros (*ibid.* p. 208, muy interesantes al respecto son también las pp. 112 y ss.); así manifiestan que:

"El conocimiento del conocimiento obliga ... a tomar una actitud de permanente vigilia contra la tentación de la certeza, a reconocer que nuestras certidumbres no son pruebas de verdad, (...) Si sabemos que nuestro mundo es siempre el mundo que traemos a la mano con otros, cada vez que nos encontremos en contradicción u oposición con otro ser humano, *con el cual quisiésemos convivir*, nuestra actitud no podrá ser la de reafirmar lo que vemos desde nuestro propio punto de vista, sino la de apreciar que nuestro punto de vista es el resultado de un acoplamiento estructural en un domino experiencial tan válido como el de nuestro oponente, aunque el suyo nos parezca menos deseable". (*Ibid.* p. 208)

mayoritario que actualmente parece respaldarlos no desaparezca.<sup>269</sup>

Recapitulando, en un sistema que se tenga por verdaderamente democrático, el respaldo de una mayoría de la sociedad es absolutamente necesario (y suficiente) para la apreciación de cualquier valor como bien jurídico penal. Por tanto, el acudir a la génesis social basada en tensiones socio-económicas de los bienes difusos como característica definitoria de los mismos, pierde parte de sus virtualidades tras constatar la exigencia de una génesis social (aunque no necesariamente socio-económica) para cualquier bien. Por otro lado y aunque, dada la naturaleza de tal génesis común a todo bien jurídico, pudiera parecer que se está adoptando una posición absolutamente procedimental al poner el acento en las decisiones de las mayorías a la hora de la determinación (y en parte creación) de los bienes jurídicos, ello no es en absoluto así. En la base de los planteamientos expuestos está precisamente el contenido material de mi posición, la asunción sin ningún titubeo de la igual dignidad de toda persona. Ello, y sólo ello, es lo que conduce inexorablemente a declarar la necesidad de que se respete

---

<sup>269</sup> ¿Quién puede asegurar, por ejemplo, que en nuestro país no se va a reabrir de forma seria el debate sobre la pena de muerte?, con lo que ello representa en orden al fundamento del bien jurídico vida, normalmente considerado inviolable.

cualquier decisión de la mayoría; de una mayoría libremente formada como ya indiqué.<sup>270</sup>

Pues bien, esta fundamentación absolutamente común para todo bien jurídico diluye notablemente las diferencias entre bienes jurídicos individuales y colectivos, permitiendo argumentar que en todos ellos la persona se ve directamente involucrada. En la práctica lo importante "no será" que se haya dado muerte a alguien,<sup>271</sup> lo importante

---

<sup>270</sup> Vid. *supra* epígrafe III.2.2.3.

<sup>271</sup> Lo entrecomillo porque para mí, como sin duda para ustedes, sí que es importante la vida humana. Pero entiendo que en nuestro entorno cultural la mejor forma de defender la vida no es con su afirmación directa, sino después, o simultáneamente, a haber hecho hincapié en la necesidad de que la Sociedad en la que vivimos sea verdaderamente democrática.

En una sociedad democrática el único pilar absolutamente intocable es el que obliga a respetar las mayorías, movido mínimamente ese pilar ya no se estará en democracia; y a la vez, respetado ese pilar, cualquier otro es perfectamente sustituible. Por esto digo que lo importante no es la vida, porque así podría llegar a entenderlo una sociedad democrática, por más que yo confío en que de ser verdaderamente democrática, al estar formada libremente la mayoría en cuestión, jamás se actuaría en contra de los valores que hoy día representan los derechos fundamentales de las personas en nuestro entorno cultural. Si la democracia se basa en la mayoría, y si ello es así precisamente porque se parte de que todas las personas somos iguales en dignidad, funcionando bien la democracia difícilmente se irá en contra de sus propias bases; que como acabo de decir, no son sino las personas en sí. Si ello ocurriese, creo que donde primero tendríamos que mirar sería en el proceso de formación de tal voluntad mayoritaria, el cual seguramente presentaría notables carencias. En este proceso de formación de voluntades es, como ya insistí en epígrafes anteriores, donde se deben poner todos los esfuerzos necesarios para que cada vez que hablemos democracia lo hagamos refiriéndonos a una realidad presente, y no a un deseo de futuro. (Vid. *supra* epígrafe III.2.2.3).

Mi entendimiento absolutamente personalista de los bienes jurídicos se encuentra navegando entre estas dos aguas, la de la democracia formalmente establecida en la que nos encontramos, y la del deseo de que la misma sea cada vez más real que formal.

será que la mayoría de una sociedad considere la vida como un valor a proteger por el Derecho penal. Lo importante no será que determinada actividad industrial contaminante, o que un incendio forestal, hayan tenido estos o aquellos efectos en el medio, lo importante será que esos efectos sean percibidos como merecedores de respuesta penal por la citada mayoría. Aquí hay que añadir que si la mayoría (libremente formada por estar bien informada y tener capacidad para entender esa información) considera que el Derecho penal debe entrar a actuar frente a la producción de determinados efectos en el medio, normalmente lo será por que cada persona de esa mayoría entiende que en alguna medida se va a ver afectado de forma seria por los mismos. Difícilmente una tal mayoría convendrá en acudir al Derecho penal para proteger algo que ni les va ni les viene como personas, aunque si lo hiciera, aquello que convinieran debería entenderse como bien jurídico penal, pues por el mero hecho de haberlo convenido pasaría a poder ser definido como un valor de la vida humana de esa sociedad.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> Esto encaja con la visión moderadamente antropocéntrica del medio ambiente que se ha defendido páginas atrás. Según L. Krämer: "Un ordenamiento jurídico hecho por los hombres y para los hombres difícilmente puede otorgar a la naturaleza derechos propios, al menos cuando se trata de sopesar equitativamente intereses encontrados". (Citado por VERCHER NOGUERA, A.: "Ministerio fiscal y medio ambiente: nuevas perspectivas de actuación", op. cit., p. 947). Pues bien, aunque tal otorgamiento de derechos se presenta difícil, cosa que se desprende de la posición que mantengo, no lo creo imposible; si bien, en cualquier caso, si realmente esa es la opción de la mayoría, aunque formalmente se diga que se están otorgando

Siendo ello así, la línea divisoria entre los bienes individuales y los que he calificado de difusos debo buscarla en otro sitio que no sea en la presencia directa de personas en unos y no en otros. Tal línea, que mejor es calificar de franja, la establezco, como ya apunté, en que a través de métodos científicos se pueda o no determinar la afectación, aunque sea a nivel de posibilidad, de personas concretas como consecuencia de las conductas incriminadas. Ello, en coherencia con todo el énfasis puesto en la decisión de las mayorías, no puede de ningún modo significar una posición predominante del mundo físico sobre el humano (se volverá sobre esto más adelante cuando exponga mi entendimiento del peligro). Las conclusiones a las que lleguen los científicos deberemos entenderlas, no como dogmas sobre la existencia de una concreta realidad objetiva independiente de las personas, sino como unas opiniones que, por venir avaladas por el método científico, y dada la naturaleza del mismo, pueden ayudar notablemente en el discurso racional que se establezca entre los miembros de una sociedad a la hora de buscar el consenso. En el caso de los bienes difusos, los argumentos científicos no permitirían apoyar la afección de personas concretas, lo que en nada empece para que en base a un

---

derechos propios a la naturaleza será la persona la que así lo habrá querido, y por tanto tales derechos se podrán seguir calificando de valores de (para la) vida humana.

discurso racional la mayoría llegue a entender que tales bienes hayan de protegerse, y que la protección se otorgue incluso a nivel penal. Por otra parte, esto no significa que en tales casos se niegue la posibilidad de resultados naturalísticos comprobables empíricamente, sino sólo que los mismos no se podrán poner científicamente en relación con la afección de personas concretas. Sobre tales resultados naturalísticos (por ejemplo las condiciones de equilibrio de un ecosistema) se podrá argumentar científicamente, y tal argumentación seguramente habrá servido de forma substancial para el discurso racional que ha ido haciendo que la sociedad "demandara" la protección penal del medio ambiente.

Toda esta argumentación que me ha permitido llegar a un tal entendimiento de los bienes difusos (colectivos), como ya he indicado en parte, la he llevado a cabo navegando entre el plano de la legitimidad y el de la legalidad. He acudido a las mayorías (legitimidad) como forma de resaltar la dignidad de la persona y a la vez de justificar la presencia directa de la misma en todo bien jurídico penal (legalidad). Considero además que esta "confusión" consciente y constante en el tratamiento de los dos niveles aludidos es inherente y necesaria a la ontología constructivista y sistémica que subyace a todo mi

---

planteamiento, y ello al margen de que mi capacidad explicativa haya contribuido a oscurecer lo que realmente quiero transmitir.

No obstante debo aclarar en estos momentos que, una vez efectuada la distinción entre bienes jurídicos individuales y difusos, y constatadas las insuficiencias de nuestro sistema democrático (aspecto sobre el que ya se insistió), es el momento para proponer estructuras que faciliten ese aspecto garantista de los bienes jurídicos que vengo buscando para conjurar el peligro de caer en concepciones funcionalistas. En otras palabras, frente a déficits de legitimidad, y mientras se trabaja por superarlos, hay que proponer interpretaciones de la legalidad que tiendan a minimizarlos.

Así, ante la ampliación de los tipos de peligro que conlleva mi entendimiento de los bienes jurídicos, al calificarlos como individuales antes que como difusos (colectivos) siempre que sea mínimamente posible, propongo entender siempre el peligro como un resultado "cuasi material", y por tanto siempre como un elemento del tipo necesitado de prueba como cualquier otro.<sup>273</sup>

---

<sup>273</sup> La naturaleza del peligro será abordada en epígrafes posteriores. Señalar ahora tan sólo que en el caso de la seguridad colectiva, cuya consideración como bien jurídico autónomo negué con anterioridad, será necesario probar el peligro para la vida o integridad física de las personas individualmente consideradas.



En cuanto a los bienes jurídicos que he calificado de difusos, al no servirnos la opción que se acaba de proponer para los individuales, precisamente por como los he definido; se ha de hacer hincapié en la necesidad de corroborar para cada uno de ellos su respaldo democrático, siendo oportuno en este sentido traer a colación todo lo que se dijo acerca de la Constitución y de los valores que de la misma se desprenden, y ello en tanto que la misma constituye el principal exponente del consenso de nuestra sociedad.<sup>274</sup>

---

<sup>274</sup> Si retomamos las consideraciones de Portillas Contreras en orden a la consecución de un Derecho penal mínimo (*vid. supra* nota a pie de página ), veremos cómo de sus planteamientos se derivarían, según el propio autor, una serie de consecuencias prácticas tanto cuantitativas como cualitativas y estructurales:

"... ya que su aplicación conllevaría la descriminalización, no sólo de los delitos de bagatela sino también de todos aquellos cuya sanción sea la de multa o privación-corta de libertad. Al mismo tiempo, ello condicionaría la supresión de aquellas abstracciones que aún se mantienen como títulos o preceptos en el Código Penal, tales como seguridad interior del Estado, orden público, principio de eficacia de la Administración, dignidad del cargo, etc., e impondría la necesidad, en la mayoría de los casos de concreción de los delitos de peligro abstracto y su transformación en delitos de peligro concreto". PORTILLA CONTRERAS, G.: "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", op. cit., p. 745.

Aunque, como ya señalé, entiendo que se da un cierto paralelismo entre los criterios de los que Portilla Contreras parte para favorecer un proceso de descriminalización y las razones que han llevado a la clasificación de los bienes jurídicos que he expuesto. El criterio de la valoración social del interés protegido, se traduciría en mis planteamientos en la necesidad de respecto a la voluntad de las mayorías; criterio que, insisto, entendido al *more* matemático se podría definir como una función que tiende al infinito, lo cual viene a significar que aunque se avance en las instituciones de democracia siempre quedará camino por recorrer. Pues bien, pese a la anterior afirmación, estoy plenamente convencido de que el único camino posible para respetar la dignidad de la persona es

### 3.5 - La concreción de la protección penal del medio ambiente a través de algunos delitos de incendio

En relación con el medio ambiente ya hemos visto su más que claro anclaje constitucional, por lo ningún problema plantea su catalogación como bien jurídico penal difuso.

Todo el discurso que, entorno al concepto de medio ambiente y a su naturaleza en tanto que bien jurídico penal, ha sido expuesto hasta este momento, se ha intentado hacer lo más desvinculadamente posible del contenido típico del denominado delito ecológico.<sup>275</sup>

Así, aunque ha sido inevitable que la regulación de tal delito haya influido en toda la exposición efectuada,

---

la profundización en la democracia buscando que las mayorías estén libremente formadas; lo cual acabaría por llevarnos a tener que respetar las decisiones de unas tales mayorías cualquiera que estas fueran. Además, bajo esa situación, todo valor establecido por la mayoría se podría entender como un valor de la vida humana, razón por la que desde esta perspectiva el segundo criterio del que parte Portilla Contreras para llevar a término su política descriminalizadora: la "individualización de la ofensividad", que como se vio persigue poder reconducir directa o indirectamente al individuo todo bien jurídico penal (*ibidem*), se encontraría en íntima interrelación con el primer criterio, lo que me permite afirmar, una vez hayamos profundizado en el primer criterio, que todo bien jurídico siempre tendrá un referente directo en la persona.

Las diferencias expuestas se ven relativizadas cuando se constata que a día de hoy estamos lejos de poder calificar a las mayorías como libremente formadas. De aquí que las consecuencias que deriva Portilla Contreras de sus premisas me parezcan perfectamente defendibles, y encajen con las ideas que acabo de proponer en el texto.

<sup>275</sup> Artículos 347 bis VCP y 325 NCP.

debido a que la mayoría de las concepciones que se han ido citando, en la medida en la que provenían de autores penales, traían causa de comentarios al mencionado delito ecológico;<sup>276</sup> creo que, dadas las conclusiones obtenidas al respecto, las mismas son perfectamente extrapolables a cualquier otro tipo penal en el que convengamos que el medio ambiente es el bien jurídico protegido, y por tanto a los tipos de incendios que nos ocupan.

Piénsese, por ejemplo, en la mayor o menor vinculación antropológica que se ha dado por algunos autores al medio ambiente con base en la equiparación de penas que el artículo 347 bis VCP efectuaba entre aquellas conductas típicas que, o bien pusieran en peligro grave la salud de las personas, o bien que pudieran perjudicar gravemente determinados elementos de la naturaleza, con la consecuente influencia en el posicionamiento a favor o en contra de su consideración como bien jurídico autónomo.<sup>277</sup> No obstante

---

<sup>276</sup> Lo cual, aunque por sí sólo no implica necesariamente una "contaminación", y nunca mejor dicho, del concepto jurídico de medio ambiente, sí que la conlleva si atendemos al hecho de la circularidad interpretativa que conlleva la función exegética tradicionalmente atribuida a la categoría dogmática del bien jurídico. Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., p. 320.

<sup>277</sup> Así, Tiedemann ha llegado a manifestar al respecto que: "no se entiende muy bien por qué la vida animal, etcétera, se protege, así, de manera mejor que la salud de los seres humanos". TIEDEMANN, K.: El nuevo Derecho penal español del medio ambiente en comparación con el Derecho penal alemán del medio ambiente, conferencia dictada en el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, (Bilbao, 6 de abril de 1984),

tales argumentos no se han tomado en consideración en este trabajo, ni a favor ni en contra del carácter antropocéntrico que hemos concluido corresponde al medio ambiente.

Algo parecido cabe decir de la exigencia de contravención de Leyes o Reglamentos que requería el

---

citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)", op. cit., p. 917.

La razón de esta afirmación, y de la perplejidad que al respecto manifiesta De la Cuesta Arzamendi, se encuentra en el entendimiento que este autor efectúa expresamente en orden a entender que de la dicción literal del artículo 347 bis VCP se desprende que:

"... mientras que para la salud de las personas el desvalor de resultado requiere un peligro concreto, basta la aptitud para la producción de un daño a "las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles" para rellenar el tipo y hacerse acreedor a las mismas penas". *Ibidem*.

Por su parte Boix, pese a constatar la deficiencia del precepto legal citado al equipar las penas de las conductas referidas, señala acertadamente que tal deficiencia se ve exasperada por el distinto entendimiento del resultado de peligro que para uno y otro supuesto mantiene De la Cuesta Arzamendi; siendo que, a su juicio, las expresiones: "pongan en peligro grave" y "puedan perjudicar gravemente" (la primera referida a la salud de las personas, y la segunda a las condiciones de la vida animal, ...), "no incide en una diferente naturaleza del peligro. En ambos casos, se trata de peligro concreto". BOIX REIG, J.: "Protección penal del medio ambiente", op. cit., pp. 128, 129 y 131.

Y no se olvide que la equiparación de penas para ambos supuestos es un dato relevante en orden a dotar de mayor o menor autonomía al bien jurídico medio ambiente; no en vano la mera referencia a la salud de las personas en la descripción típica del "delito ecológico" supone un refrendo a la visión antropocéntrica del medio ambiente. Cfr. *Ibid.*, p. 130.

En todo caso el artículo 325 NCP, afortunadamente, ha solventado la equiparación de penas que se producía pese a entender que la naturaleza de ambos supuestos era de peligro concreto:

"Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior." (Artículo 325 NCP, último inciso).

antiguo 347 bis, referencia hoy día sustituida por la alusión a las Leyes o disposiciones de carácter general del actual artículo 325 del Código penal. En ambos casos dadas tales exigencias típicas, la catalogación de estos tipos como leyes penales en blanco resulta evidente a juicio de la doctrina mayoritaria.<sup>278</sup> Pues bien, aunque en este caso sí que se ha hecho uso de tal estructura típica para fundamentar un concepto amplio de medio ambiente, lo ha sido sólo como un argumento más; y ello, como se recordada, en la medida en la que algunos autores permitían la integración de tal remisión normativa con disposiciones que regulasen, por ejemplo, cuestiones de urbanismo u ordenación del territorio. Pero no se han valorado las implicaciones que para el concepto de medio ambiente se pudieran derivar de la necesidad de integración por el derecho administrativo que estos denominados delitos ecológicos tienen, accesoriedad que está en la base de la

---

<sup>278</sup> Vid. BOIX REIG, J.: "Protección penal del medio ambiente", op. cit., pp. 121 y 122 (por referencia exclusiva al artículo 347 bis VCP, dado que la obra es anterior al NCP), y del mismo: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., op. cit., p. 640 (en relación con el artículo 325 NCP). Siendo especialmente relevante en este sentido la opinión de Boix, al ser coautor de un artículo fundamental en orden a exigir las garantías necesarias para que esta técnica legislativa no vulnere el principio de legalidad, lo que le llevaba a mostrarse sumamente reacio a la admisión de este tipo de leyes. Cfr. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J.: "Garantías constitucionales del Derecho sancionador", en Comentarios a la legislación penal, EDERSA, T. I, Madrid, 1982, pp. 191 y ss.

En relación con toda la problemática que suscita la catalogación de una norma como Ley penal en blanco vid. DOVAL

técnica legislativa de las leyes penales en blanco, y que lleva a cuestionar, entre otras cosas, la posible existencia en estos delitos de un bien jurídico cifrado en los coyunturales intereses de la Administración o, lo que es lo mismo, en sus facultades de control.<sup>279</sup>

Y no se ha entrado a valorar tales implicaciones porque, aunque algún autor manifiesta expresamente que:

"Las leyes protectoras del medio ambiente tienen necesariamente que referirse ... expresa o tácitamente a leyes y reglamentos no penales que contienen su significación técnica",<sup>280</sup>

es justamente esta ausencia de remisión a normativa extrapenal, y por tanto la no necesidad de una previa infracción administrativa, la que impide la regulación

---

PAIS, A.: Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, op. cit.

<sup>279</sup> Sobre la problemática que suscita la relación entre la integración del "delito ecológico" por normativa administrativa y la configuración del correspondiente bien jurídico vid: DE LA MATA BARRANCO, N.J.: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa, op. cit., pp. 58 y ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: Derecho penal y protección del medio ambiente, op. cit., pp. 56 y ss.; MORALES PRATS, F.: "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley Penal en blanco y concepto de peligro", en La protección Jurídica del Medio Ambiente, coor. Valle Muñiz, J.M., Pamplona, 1997, pp. 225 y ss.; PRATS CANUT, J.M., en AAVV: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 1ª ed., op. cit., pp. 868 y ss. (VER LA 2ª); SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.: "¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal", op. cit., pp. 1715 y ss.

<sup>280</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Alternativas a la protección penal del medio ambiente", op. cit., p. 146. No obstante hay que señalar que tal afirmación se vertió antes de la reforma de los delitos de incendio de 1987, situación en la cual resultaba realmente difícil pensar en que con la tipificación de algunos delitos de incendio se quisiera proteger el medio ambiente.

conjunta de los delitos de incendios forestales con los que se vienen ubicando bajo las rúbricas de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.<sup>281</sup>

Por otro lado, y en coherencia con la concepción de los bienes jurídicos que se ha sustentado, me sumo a la concepción dualista de la norma penal, entendida ésta como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación.<sup>282</sup> Desde esta perspectiva deberemos atender a las tipificaciones que efectúen las concretas normas penales (entendidas como normas de valoración), para establecer qué aspectos del interés que se pretende proteger se han constituido finalmente en bien jurídico penal. Esto lleva a afirmar a González Cussac, en relación con el artículo 347 bis VCP, que aunque en principio parece que es el medio ambiente el interés a proteger, dada la concreta tipificación de tal precepto, sólo se protegen determinados aspectos del mismo.<sup>283</sup> No obstante, considero que tras la relevancia que se ha visto tiene cada elemento

---

<sup>281</sup> Cfr. GONZÁLEZ GÜITIÁN, L.: "Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva, Capítulos I y II", en Documentación Jurídica, núms. 37/40 (Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal), Vol. 2ª, pp. 952 y 953.

<sup>282</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN T.S.: Derecho Penal. Parte General, op. cit., pp. 272 y 273.

<sup>283</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos", en Anales del centro de Alzira (UNED), nº 4, Valencia, 1986, pp. 50 y 51.

del medio ambiente en la conformación del mismo, hasta el punto de poder equiparar conceptualmente las partes con el todo, en aquellos tipos en los que entendamos que el medio ambiente es el interés subyacente, la concreta tipificación más que acotar el bien jurídico penalmente relevante, que seguirá siendo el medio ambiente en sí, lo que hará será delimitar los concretos modos de ataque al mismo sometidos a la amenaza de actuación penal.<sup>284</sup>

Así entendido, en el artículo 347 bis VCP el medio ambiente era el bien jurídico protegido, si bien no sancionaba genéricamente cualquier ataque al mismo, sino que tipificaba una serie de conductas que, en la medida en la que lo afectaran, podrían perseguirse penalmente; y por tanto dejaba de regular otras que aunque fuesen más perjudiciales, quedarían al margen del Derecho penal. De hecho, la ausencia de referencia en tal precepto a la explotación de los recursos naturales, centrándose su tipificación en conductas contaminantes, llevó a un sector de la doctrina a entender la inconstitucionalidad de la regulación penal protectora del medio ambiente contenida en

---

<sup>284</sup> Vid. infra ----- . (Cuando dé el concepto de incendio, se pondrá de manifiesto que el fuego no está tipificado como atentatorio contra el medio ambiente, aunque lo sea, lo que está tipificado es el incendio, por eso la quema de determinados elementos forestales, aunque naturalísticamente perjudican al medio ambiente, según lo visto, no sería punible como incendio). Trasladarlo a la sede a la que me remita.



el anterior Código, por no ajustarse a las exigencias expresas del artículo 45 de la Constitución.<sup>285</sup>

En el actual Código penal las rúbricas de los capítulos III y IV del título XVI rezan respectivamente: "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente"<sup>286</sup> y "De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna"; pese a lo cual, todavía quedan elementos del medio ambiente, entendido a efectos penales sólo en su

---

<sup>285</sup> En este sentido RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos contra el medio ambiente", op. cit., pp. 830 y 831. A quien se suma, entre otros, CONDE-PUMPIDO TOURON, C.: "Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales", op. cit., pp. 72 y 73.

Críticos, pero sin llegar a afirmar la inconstitucionalidad, se muestran: BOIX REIG, J.: "Protección penal del medio ambiente", op. cit., p. 119. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos", op. cit., p. 58. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 11ª ed. Valencia, 1996, pp. 501 y 502. (VER 12ª ed.)

<sup>286</sup> Aunque en la referencia separada al medio ambiente y a los recursos naturales se quiera ver, en contra de lo que se ha venido manteniendo, un argumento a favor de su consideración como realidades distintas, y pese a ser conscientes del carácter indiciario que en relación con el bien jurídico que se proteja en los delitos de un título o capítulo tienen las rúbricas de los mismos, entiendo que no representa un argumento de peso, más bien considero que responde a un intento de acallar las voces que como se ha dicho apuntaban a la inconstitucionalidad de la regulación de esta materia en el anterior Código, máxime cuando en las concretas regulaciones típicas de los artículos 325 y siguientes no hay un deslinde claro entre las conductas contaminantes y las que afectan a los recursos naturales. Además, el carácter indiciario de la rúbrica de este capítulo III, se desvanece si observamos que en la rúbrica del título XVI, al que el citado capítulo pertenece, se alude únicamente al medio ambiente: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente".

vertiente natural,<sup>287</sup> que quedan fuera de la regulación de estos capítulos.<sup>288</sup>

Pues bien, una de las ausencias estrella entre estos elementos de la naturaleza que en su día quedaban al margen del anterior artículo 347 bis, y hoy quedan fuera de los capítulos III y IV del título XVI, es la riqueza forestal.<sup>289</sup> Los ataques a tal elemento de la naturaleza, junto a las zonas de vegetación no forestal, resultan protegidos específicamente en nuestro Código penal cuando se llevan a cabo mediante incendio.

Teniendo presente todo lo dicho hasta ahora entorno al concepto de medio ambiente, sobre todo en lo referente a la interdependencia entre los distintos recursos del sistema ambiental, se puede afirmar que, lejos ya de constituir la mera intuición con la que se iniciaron estas páginas,

---

<sup>287</sup> Por más que, como se puede observar, el título XVI viene referido también a la ordenación del territorio y al patrimonio histórico; aspectos ambos que hemos visto en algunas concepciones se incluían dentro del propio concepto de medio ambiente, aunque a continuación normalmente se reconocía que a efectos jurídicos resulta más operativo su desglose, como de hecho parece que ocurre en la práctica. En todo caso la interrelación entre los distintos elementos de ese medio ambiente entendido en el sentido más completo y global posible se ven reafirmadas a nivel de regulación penal.

<sup>288</sup> Piénsese que en cuanto a recursos naturales, tan sólo cabe apreciar la referencia a la captación de aguas del artículo 325 y el artículo 330 al hablar de los elementos que integran un espacio natural protegido. Esto al margen de que se entienda, como parece lógico, que la flora y la fauna también son recursos naturales.

<sup>289</sup> Dejando a un lado el caso de que se trate de especies amenazadas, en cuyo caso encontrarían cobertura en el artículo 332 NCP, dentro del capítulo IV del título XVI.

resulta palmario que tales conductas incendiarias representan graves atentados medioambientales. Así, estamos en condiciones de afirmar la existencia de una relación directa entre el medio ambiente como bien jurídico, y los tipos delictivos contenidos en los artículos 352, 353.1, 356 y 357 (último inciso) del NCP.

No obstante, la relación entre la regulación de los delitos de incendio y el medio ambiente no se ha dado hasta fechas recientes.

Así, aunque dentro de las conductas delictivas relacionadas con la utilización del fuego como medio de destrucción han sido frecuentes las referencias a la afectación por el mismo de diversos elementos de la naturaleza, como se vio en el primer capítulo de este trabajo, tales normas no han tenido por objeto de forma directa y principal la protección del medio ambiente; antes bien, era el aspecto patrimonial, o el peligro para otros bienes individuales los que parecían prevalecer en las mismas.<sup>290</sup>

En este sentido, González Guitián cree que el primer signo claro de la concienciación de nuestros legisladores sobre el grave problema ecológico que representan estas conductas incendiarias se encuentra en una proposición de

---

<sup>290</sup> *Vid. supra* epígrafe I.9.4.

ley que perseguía la modificación de los delitos de incendios forestales, y que fue presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática en 1981.<sup>291</sup>

En la justificación de la misma se denuncia expresamente la orientación protectora de la propiedad que hasta el momento tenía la regulación de estas conductas, en defecto de lo que debería ser su principal objeto de protección: el medio ambiente.<sup>292</sup> Si bien, la única propuesta verdaderamente novedosa en relación con la regulación del VCP era la de sancionar la obstaculización o no colaboración en la extinción de, entre otros incendios, los que podemos calificar de forestales.<sup>293</sup> Pese a lo cual, a

---

<sup>291</sup> Cfr. González Guitián, L., La nueva regulación del delito de incendios forestales, en Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela, 1989, p. 366.

<sup>292</sup> "Una de las limitaciones legales más graves se encuentra en el propio Código Penal, que ha concebido los delitos y faltas de incendios no tanto en función de la lesión que producen en el patrimonio colectivo, es decir, en el medio ambiente y en el ecosistema, como en función de la lesión que producen en la propiedad ajena,..." BOCG, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie B, nº 142-I, 10-6-1981, p. 518.

<sup>293</sup> Cfr. González Guitián, L., La nueva regulación del delito de incendios forestales, ob. cit., pp. 366 y 367.

El texto del artículo 556 bis, cuya adición se proponía era el siguiente:

"Serán castigados con la pena de arresto mayor, los que, con ocasión de incendio de edificios, mieses, montes, bosques, arbolados o plantíos: 1. No procuraren su extinción, pudiendo hacerlo o, en cualquier caso, no demandaren de modo inmediato auxilio ajeno o no dieren cuenta inmediata a la autoridad competente. 2. Se negaren a prestar colaboración personal para su extinción, habiendo sido requerido para ello por autoridad o funcionario competentes. 3. Obstaculizaren las labores de extinción, negando el uso de medios de comunicación, aguas u otros

juicio de Bajo Fernández, la regulación de esta proposición de ley introducía soluciones más relevantes que las del Proyecto de Código penal de 1980 y la Propuesta de 1983, resultando coherente en orden a la protección de la propiedad, la seguridad colectiva y el medio ambiente.<sup>294</sup>

Aunque esta última afirmación me parece excesivamente benevolente,<sup>295</sup> creo que en relación con la cuestión que ahora nos ocupa (la atención del legislador al medio ambiente como bien jurídico digno de protección al margen

---

materiales idóneos o impidieren el paso necesario a través de una finca.

Se impondrá la pena de prisión menor al autor cuando fuere autoridad o funcionario público."

Regulación que, por cierto, contenía supuestos de muy distinta naturaleza, y que irían desde la omisión pura del número 1, hasta algunas conductas activas que se podrían dar dentro del número 3, y todo ello pasando por la posible comisión por omisión del número 2, en la medida en la que no se cumplimentara el legítimo requerimiento de la autoridad.

<sup>294</sup> Cfr. Bajo Fernández, M., Manual de Derecho penal (Parte Especial) -Delitos patrimoniales y económicos-, Madrid, 1990, p. 359.

<sup>295</sup> Buena prueba de la falta de coherencia en orden a la compatibilización de la protección de la propiedad y de la seguridad de las personas podemos encontrarla cuando en el incendio de mieses, montes, bosques, arbolado o plantíos se exige, además de la presencia de un peligro de propagación del fuego a casa habitada, que los daños ocasionados por el fuego asciendan a una determinada cantidad (150.000 pts.), o bien, caso de ser los bienes incendiados de la propiedad del incendiario que se hayan infringido reglamentos (lo cual, por sí sólo, es otro dato novedoso de esta proposición de ley).

La incoherencia señalada es mayor, si cabe, cuando se observa que en la justificación de la proposición de ley que precede al articulado se denunciaba precisamente como un gran déficit de la regulación entonces vigente, que demostraba la preferente protección de la propiedad frente al medio ambiente, el hecho de que: "...la pena a imponer para el caso de incendio de un bosque con peligro para la vida humana dependa de si el daño causado a su propietario supera o no las 150.000 pts.".

de los aspectos patrimoniales o de peligro para las personas que un incendio pudiera representar), sí es acertada la opinión de Bajo Fernández, ya que ni en la regulación que presentaba el Proyecto de 1980 ni en la de la Propuesta del 83 se podía encontrar ningún argumento que de forma clara avalase tal pretensión.

Por lo que respecta al Proyecto de Código penal de 1980 me baso para esta afirmación en su artículo 307, el cual, como vimos en su momento, preveía las penas de los correspondientes delitos de daños en su mitad superior, cuando, entre otros objetos, fueran los montes los que se vieran incendiados, siempre, eso sí, que estuviera excluido de forma manifiesta todo peligro de propagación. Podríamos llegar a la conclusión de que la mayor pena prevista para el incendio de un monte donde no aparezca peligro de propagación alguno, en relación con la correspondiente al correlativo delito de daños, e independientemente de la cuantía final de los mismos, no sería otra que la atención que el legislador por fin habría querido dignarse otorgar al medio ambiente. No obstante, el problema surge cuando: primero, se habla sólo de montes omitiendo la referencia a los bosques, que sí aparecen expresamente incluidos en el tipo del artículo que le precedía (306), y que requería para su aplicación un peligro de propagación del fuego a lugares donde pudieran encontrarse personas, tomando por tanto en cuenta el riesgo para las mismas y no sirviéndonos

a los efectos aquí pretendidos; y segundo, junto a la referencia a los montes, el artículo 307 incluía las chozas, pajares o cobertizos deshabitados, las mieses y los plantíos, lo cual nos impide encontrar un lugar común en la pretensión de protección del medio ambiente para justificar el porqué de la agravación de la pena en relación con los delitos de daños.

En cuanto a la Propuesta de Código de 1983, la cuestión se plantea en términos muy similares, pues de la lectura de sus artículos 317 y 318 (más o menos equivalentes a los antes mencionados artículos 306 y 307 del Proyecto del 80), resulta de forma palmaria el desinterés del legislador por las cuestiones medioambientales derivadas de los comportamientos incendiarios, no apareciendo mención relativa a elemento alguno de la naturaleza, en ninguno de los dos preceptos citados, ni en el resto de los que se dedican a la tipificación de los incendios. Debemos acudir a sede de delitos de daños para encontrar alguna referencia en el sentido apuntado. Así, dentro de su artículo 266 se imponía una pena agravada en relación con cualesquiera daños en propiedad ajena no comprendidos en otras sedes, cuando los mismos tuvieran lugar por el incendio de masas forestales o grandes plantaciones arbóreas. Pero la referencia a la ajeneidad de propiedad, junto con la exigencia de que se trate de "masas" forestales o que las plantaciones arbóreas sean grandes, y

su ubicación dentro de los delitos patrimoniales, se erigen en barreras muy difíciles de superar para poder mantener la preponderancia de los intereses medioambientales en la redacción del citado precepto. Antes al contrario, mas bien parecen nulas tales pretensiones, obsérvese que si la superficie forestal quemada no la podemos catalogar como masa forestal por sus no excesivas dimensiones, el precepto a aplicar sería el 265 párrafo 1º, en el cual, como ya se ha dicho se sancionaban de forma genérica cualquier daño en la propiedad ajena no comprendido en otros preceptos. Lo cual pone de manifiesto el interés puramente patrimonial de la sanción de tales conductas.<sup>296</sup>

Es en 1987 cuando por fin nos encontramos con una regulación penal en materia de incendios que presta atención específica a los aspectos medioambientales. Así, ya en la exposición de motivos de la proposición de ley, esta vez del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana (de nuevo la iniciativa no parte del Gobierno), que acabó tras cambios sustanciales convirtiéndose en la Ley Orgánica 7/1987 de 11 de diciembre, se constataba la posibilidad de

---

<sup>296</sup> De forma expresa el artículo 278 del Proyecto de Código penal de 1980, casi idéntico al 266 de la Propuesta del 83 que se acaba de ver, exigía para poder aplicar esa pena agravada en relación con otras modalidades de delitos de daños, que los causados al destruir mediante incendio masas forestales o grandes plantaciones arbóreas, revistieran especial gravedad por su cuantía.



que determinadas conductas incendiarias podían llevar aparejadas penas de simples multas, siendo ello:

"...particularmente preocupante si se repara en que la acción de prender fuego o el incendio pueden conducir a graves quebrantos capaces de poner en peligro el propio orden ecológico de determinadas zonas o Comarcas".<sup>297</sup>

Además, esta vez, y por lo que a la cuestión que nos ocupa se refiere, el articulado de la proposición de ley y el finalmente aprobado, aunque notablemente distintos entre

---

<sup>297</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, serie B, nº 26-1, 25-10-1986, p. 2.

Puede resultar interesante dejar señalado cómo en el párrafo transcrito se habla alternativamente de "la acción de prender fuego" y de "incendio", lo cual hace suponer que se está aludiendo a cosas distintas, o por lo menos no exactamente iguales, aunque eso sí, a ambas se las equipara en orden a su peligrosidad frente al medio ambiente. Esto es especialmente relevante porque previamente en la propia exposición de motivos habían señalado:

"...el significado correspondiente al término "incendio", que no sólo requiere el que se haya prendido fuego, sino además, el que éste se haya propagado a la cosa y ésta haya ardido por sí misma a consecuencia de la acción conduce a que se produzcan situaciones de insuficiente protección de los intereses a proteger".

Problemática que está directamente relacionada con la propuesta que hacen en orden a adicionar un nuevo artículo 552 bis con el siguiente tenor:

"Quien prendiere fuego a un bosque sin que el incendio llegue a producirse, será castigado con la pena de prisión menor. Si el incendio deja de producirse por la actuación voluntaria del agente, la conducta quedará exenta de pena."

La relación de esta propuesta con el que luego sería el artículo 553 bis c) del VCP (hoy artículo 354) es evidente, pero se debe observar cómo en el texto de la proposición aparece claro que no ha llegado a haber incendio, mientras que en el texto aprobado y que pasó a integrar el VCP, así como en el actualmente vigente, se presupone la existencia del mismo; la supresión del verbo producirse por propagarse así lo indica claramente. Cfr. González Guitián, L.: La nueva regulación del delito de incendios forestales, op. cit., p. 375.

sí, se centraban en torno a la regulación de los incendios forestales.<sup>298</sup>

Centrándonos en cómo quedaron redactados los preceptos en el texto del VCP, se puede apreciar ya a primera vista el posible cambio de actitud del legislador con sólo fijarnos en que la sección 2ª de las cuatro en las que quedó sistematizado el Capítulo dedicado a los delitos de incendios y estragos, rezaba: "De los incendios forestales".

A continuación, y abstrayéndonos de momento del artículo 553 bis c) que, dado su contenido y en la medida en la que cuenta con su homólogo en el 354 del NCP, será objeto de comentario en las páginas finales de este trabajo,<sup>299</sup> podemos observar como tanto el artículo 553 bis a) en su párrafo 2º, al tipificar el incendio de montes o masas forestales ayuno de todo peligro para las personas, como el artículo 553 bis b), al establecer una agravación de las

---

<sup>298</sup> Señala González Guitián que a diferencia de la exposición de motivos de la proposición de ley de 1981, antes citada, que se presentaba como promotora del cambio en materia de incendios forestales, y que luego lo que realmente hacía era introducir leves variaciones en los preceptos entonces vigentes, limitándose a la introducción de un precepto relativo a la obstaculización o no colaboración en la extinción de incendios tanto forestales como de edificios; en esta proposición de ley de 1987 la discordancia es a la inversa, su exposición de motivos aludía a una reforma general en materia de incendios para luego el articulado centrarse en los de índole forestal. Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L.: La nueva regulación del delito de incendios forestales, ob. cit., p. 368.

<sup>299</sup> Y ello en tanto que banco de pruebas esencial para corroborar la virtualidad del concepto de incendio que se propondrá.

penas en función de una serie de circunstancias relativas a recursos ecológicos, vienen a reconocer al medio ambiente como bien jurídico digno de protección de forma autónoma.

Pues bien, el artículo 352 párrafo 1º y el 353.1 del NCP son casi una reproducción literal de los artículos del VCP que se acaban de mencionar, haciéndose por tanto presente el medio ambiente como bien jurídico protegido, debiendo añadir a estos efectos el artículo 356 relativo a los incendios en zonas no forestales,<sup>300</sup> y el inciso final del artículo 357 que se refiere al incendio de bienes propios que hubiere perjudicado las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales. También en los artículos 353.2, 355 y 356 se encuentran argumentos que evidencian claramente el afianzamiento del NCP en la línea

---

<sup>300</sup> Se correspondería con el artículo 551-2º VCP, en tanto que sancionaba el incendio de mieses, pastos o plantíos; habiéndose suprimido de esta enumeración los montes como consecuencia de la reforma de 1987. Además, se debatió si suprimir todo el número 2º del artículo 551 o sólo la voz "montes", pareciendo que se iba a suprimir en su integridad, finalmente sólo lo hizo de la forma parcial indicada. Cfr. GONZÁLEZ GUITIÁN, L.: La nueva regulación del delito de incendios forestales, op. cit., p. 369.

Puede que la dificultad en la consideración como forestales de los incendios que afectaran a tales elementos fuera la razón de la marcha atrás en la supresión total del 551-2º. Con todo hay que dejar clara constancia de una diferencia esencial existente entre tal precepto del VCP y el 356 del NCP. Allí el aspecto patrimonial estaba claramente presente requiriéndose que los daños ocasionados por el incendio de tales objetos superase una determinada cantidad para que el tipo se integrara, mientras que en el NCP cuando se sanciona en su artículo 356 el incendio de zonas no forestales se exige que se haya perjudicado gravemente el medio natural.

protectora del medio ambiente frente a las conductas incendiarias.<sup>301</sup>

---

<sup>301</sup> Vid. SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.L.: Los delitos de incendio, op. cit., pp. 85 y ss., y 165 y ss.



## ***Capítulo IV***



## **CAPÍTULO IV**

### **EL CONCEPTO DE PELIGRO**

#### **1 - El concepto de peligro**

De las referencias efectuadas en las páginas anteriores se pone de manifiesto que si algo une al conjunto de los delitos de incendio no es un bien jurídico común, máxime cuando se ha descartado la virtualidad de la seguridad colectiva como posible bien jurídico penal. Así pues, respecto de los delitos de incendio la categoría dogmática del bien jurídico no cumple con la función sistemática que en principio está llamada a cumplimentar. De hecho esta carencia es la que condujo en su momento, como ya se vio, a que desde el Código de 1822, y con las excepciones que se indicaron (que en parte afectan también a este Código de 1822), la regulación legal de estos delitos se encontrara en sede de delitos contra la propiedad; siendo tal decisión meramente pragmática, ante la evidencia del daño que ocasiona todo incendio.<sup>1</sup> Daño que no implica necesariamente una afección de la propiedad ajena, razón por la que ni siquiera este bien jurídico, por demás

---

<sup>1</sup> Vid. supra además del Capítulo I, el epígrafe III.1.2.



calificado como el menos relevante de los posibles involucrados, serviría como aglutinador de todas las figuras de delitos de incendio. Esto ocurrirá por ejemplo, en aquellos casos (incardinables en el artículo 351 NCP) en los que el peligro para las personas derive de un incendio en bienes propios y donde no tiene por qué llegarse siquiera a poner en peligro la propiedad ajena.

Así, y a efectos de pronunciarnos acerca de si con el NCP se ha mantenido o no la naturaleza que los delitos de incendio tuvieran en regulaciones anteriores, entiendo que no es en absoluto determinante el hecho del cambio de ubicación sistemática operado. Lo cual no significa que no entienda que con la nueva regulación se ha resaltado mejor la auténtica naturaleza de los mismos. Tanto bajo las anteriores regulaciones, como bajo la actual, los incendios producen daños en los objetos incendiados; y tanto antes como ahora, algunos tipos de incendio afectarían a esa enteleguía que he manifestado creo que es la seguridad colectiva.

Así, tras renunciar a un posible bien jurídico como elemento aglutinador, entiendo que el único punto de encuentro entre el conjunto de las figuras delictivas de incendio es el carácter de medio peligroso que el fuego

---

conlleva normalmente. Medio que siempre ocasiona destrozos, y medio que una vez desatado puede volverse incontrolado.<sup>2</sup>

Siendo ello de este modo, no es de extrañar que la práctica totalidad de las afecciones que los delitos de incendio representan respecto de los distintos bienes jurídicos que se han comentado lo sean a nivel de peligro.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Esta característica de la incontrolabilidad se encuentra en el origen de los delitos denominados de peligro común o general. Ya en este sentido se pronunciaba LISZT, F.V.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 11ª ed., Berlín, 1902, p. 479.

No obstante se va a apostar por no desconocer la capacidad de control sobre el fuego que existe en la actualidad; en este sentido el concepto de peligro que se va a proponer va a permitir dar cobijo en el mismo, contrarrestándolo, a la dominabilidad del fuego por parte de su autor o autores y de terceros. La necesidad de atender a las posibles contracausas neutralizadoras de un eventual peligro es una de las principales conclusiones que claramente se ponen de manifiesto en algunas monografías sobre el tema. Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid, 1994, pp. 26 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid, 1993, pp. 117 y ss.

La relevancia de esta característica de la dominabilidad es especialmente puesta en relación con el tipo de peligro de que se trate por De la Cuesta Aguado, cuestión ésta que ya se dejaba entrever en las dos obras que se acaban de citar. Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.: Tipicidad e imputación objetiva. (Según el nuevo Código Penal de 1995), Valencia, 1996, pp. 73 y ss.

En todo caso interesa dejar constancia desde el principio cómo, desde las ideas que respecto del peligro se van a defender, tal dominabilidad podrá tener virtualidad neutralizadora del peligro con independencia de que éste se catalogue de abstracto, de concreto, o de cualquiera de sus versiones intermedias.

<sup>3</sup> Digo la práctica totalidad, y no la totalidad, porque, de entrada, y como ya se indicó, los incendios sobre bienes ajenos lesionan siempre la propiedad. No obstante, no sólo la lesionan, sino que además, normalmente -cuando no hayan destruido los bienes en cuestión en la totalidad de lo que al fuego sea posible- la ponen en peligro de mayor lesión. Si bien este peligro para la propiedad no tiene carácter típico en la regulación actual de los delitos de incendio, a excepción de la referencia al peligro de

Esto se evidencia con las referencias expresas al peligro que se efectúan en algunos tipos de delitos de incendio; en concreto los contenidos en el artículo 351, y en el párrafo 2° del 352, donde se requiere peligro para la vida o integridad física de las personas, así como también uno de los supuestos contenidos en el artículo 357 dedicado al incendio de bienes propios que requiere también expresamente de la presencia de peligro, esta vez de un peligro de propagación a determinados bienes ajenos.

También se está en condiciones de afirmar la naturaleza de peligro que conlleva el tipo del artículo 352 párrafo 1° - incendio de montes o masas forestales-, dada la consideración del ámbito forestal como elemento esencial del medio ambiente y el entendimiento de este último que se efectuó páginas atrás, el cual dado el fuerte componente sistémico que se le atribuyó, llevará en ocasiones a permitir incluso hablar de lesión del medio ambiente como consecuencia de algún incendio, si bien bastará su puesta en peligro, como se verá más claramente cuando más adelante se vuelva sobre el particular, en las páginas finales de este trabajo.<sup>4</sup>

---

propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno contenida en el artículo 357, supuesto en el que precisamente no es necesario que se dé lesión alguna de la propiedad porque el incendio debe serlo sobre bienes propios.

<sup>4</sup> Vid. *supra* epígrafe V.3.

Pues bien, todo lo dicho en estas páginas, junto con todas las referencias que respecto del peligro que se atribuía al fuego se efectuaron en la parte histórica, nos pone ante la necesidad de que el peligro juegue un importante papel en el concepto penal de incendio, cuya determinación, al menos formalmente, es el objetivo de este trabajo. Por ello es absolutamente necesario dejar lo más clara posible mi posición respecto de lo que entiendo por peligro.

Así, en coherencia con la razón material que se encuentra en el origen de todo este trabajo, que como se dijo en la introducción se puede cifrar en la búsqueda de estructuras que favorezcan el respecto de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, a mi entender frecuentemente vulnerados por la jurisprudencia en sede de delitos de incendio,<sup>5</sup> con el inestimable apoyo de unas más que defectuosas regulaciones legales -en bastante menor medida la regulación vigente-, y en coherencia también con el entendimiento de los bienes jurídicos que he defendido, mi concepción del peligro necesariamente tiene que ser una concepción objetiva que tienda en la medida de lo posible a favorecer el entendimiento de cualquier delito que se

---

<sup>5</sup> Vid. MORENO ALCÁZAR, M.A.: El concepto penal de incendio. Análisis jurisprudencial, Tesina de licenciatura, Valencia, 1995.

califique de peligro, y cualquiera que sea su estructura típica, como mucho más próximo a lo que se viene entendiendo por peligro concreto que por peligro abstracto.

Desde estas premisas entiendo el peligro penalmente relevante como un resultado objetivo sobre el que, realizado un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretende proteger adquiere relevancia típica. Tal juicio de previsibilidad deberá llevarse a cabo una vez constatada la aparición de un resultado de peligro para el bien jurídico en cuestión (*ex post facto* del peligro, *ex ante* de la eventual lesión), y utilizando la base de conocimientos ontológicos y nomológicos más amplia posible.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Este entendimiento del peligro del que parto y que intentaré ir justificando a lo largo de las páginas siguientes, se encuentra en sintonía con gran parte de las ideas que al respecto mantiene Escrivá Gregori. Cfr. ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., pp. 129 y ss., donde expone las conclusiones de su trabajo. Más adelante se irán efectuando referencias a las distintas cuestiones en concreto.

También se corresponde en buena medida con la toma de postura que respecto del peligro concreto efectúa Rodríguez Montañés; la cual, partiendo de los conceptos normativos de peligro de Shünemann, Cramer, Kindhäuser, y fundamentalmente Demuth, otorga como ya se ha indicado una especial relevancia a la no dominabilidad de la situación por el autor y al curso causal incontrolable como conceptos clave para afirmar la presencia de un peligro concreto:

"... creo que puede hablarse de peligro concreto desde el momento en que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión (con el grado de seguridad propio de ámbito organizativo al que pertenece el bien, como señala Kindhäuser). El bien jurídico entra en "aguda crisis" (Demuth), la situación se hace

Esta base de conocimientos, en lo que respecta a los ontológicos, necesariamente encontrará su límite en el conjunto de todas aquellas circunstancias del hecho que integraron el resultado, con independencia de cuándo se adquiriera conciencia de las mismas por el juzgador.<sup>7</sup> Por lo tanto tal límite coincidiría con los conocimientos de un observador que situado en el momento en el que aparezca el resultado de peligro, tuviera acceso instantáneo a la plenitud del mismo por poseer todos los conocimientos ontológicos que respecto del mismo poseyera la sociedad.<sup>8</sup> En

---

crítica respecto de un cierto encuentro, sin poder ser dominada o controlada con seguridad, deja de ser razonablemente segura la evitación del resultado". Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, op. cit., pp. 34 y ss., para la cita literal pp. 37 y 38, los paréntesis pertenecen a la cita.

Repárese no obstante que mi posición de partida se refiere al peligro sin adjetivos, mientras que las opiniones de Rodríguez Montañés que se refieren en esta cita vienen limitadas al peligro concreto.

<sup>7</sup> P. ej.: El presunto incendio se produjo mediante el lanzamiento sobre una estufa encendida de una botella llena de gasolina con muy bajo poder calorífico, hecho del que no se tuvo conocimiento hasta dos años después de los hechos, cuando faltaba poco tiempo para la celebración del juicio oral.

<sup>8</sup> Contenido de la base que coincide con el que se verá proponen Cobo del Rosal y Vives Antón para el juicio de causalidad (vid. *supra* dentro de este mismo capítulo el epígrafe dedicado a la causalidad); no así el momento de la misma, pues el juicio del que estoy hablando no es exactamente igual al juicio de causalidad, como también se tendrá ocasión de ver más adelante.

No obstante conviene advertir ya que dado el carácter cuasi material del que se va a dotar al concepto de peligro los juicios de causalidad y peligro en modo alguno van a resultar excluyentes entre sí. Esta exclusión mutua guarda relación con el entendimiento del problema causal como una relación de necesidad sometida a las leyes deterministas que nos describe

la práctica el acceso a tales conocimientos nunca será pleno -por eso hablo de límite-, ni tampoco instantáneo, pero ello no es obstáculo alguno para mantener que el momento en el que se tiene que situar el juzgador es el de la aparición del resultado de peligro. Esto significa que lo que nunca podrá tener en cuenta el juzgador para efectuar el pronóstico de previsibilidad son circunstancias que acontecieron con posterioridad al resultado típico.<sup>9</sup>

Respecto de la base nomológica, la misma deberá venir integrada también por el conjunto del total de los conocimientos de la sociedad, y entendiendo que tampoco se opone al momento del juicio de previsibilidad indicado el hecho de que la citada base sea variada o ampliada con

---

la ciencia "clásica" (vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., pp. 94 y ss., quien se muestra crítica al respecto), y como se va a tener ocasión de comprobar tal concepción de la ciencia no se comparte.

<sup>9</sup> Cfr. ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., 89; y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., pp. 103 y ss., donde se deja constancia de este entendimiento de la base ontológica por un sector de la doctrina italiana y alemana. Interesa destacar de cara a posición que se va a mantener, cómo las reticencias que expresa Méndez Rodríguez respecto a la admisión de esta solución y refiriéndose en concreto a la posición de Angioni, por la complejidad que para el juicio de peligro acarrearía el incluir en la base del juicio las circunstancias que fueran previsibles con fundamento en las circunstancias presentes y en la experiencia (*ibid.* pp. 110 y 111), no se deben considerar un obstáculo insalvable cuando se parte de una concepción objetiva y real del peligro como la que aquí voy a defender.

aquellas "nuevas" leyes generales que se hubieran descubierto entre el momento de la aparición del resultado y el momento real del juicio.<sup>10</sup> Y ello porque tales leyes habrán regido igual la evolución del peligro a una eventual lesión con independencia de que se conocieran o no.<sup>11</sup>

En definitiva, al cifrar el momento del juicio de previsibilidad indicado en el mismo instante en el que haga

---

<sup>10</sup> Expresamente en este sentido vid. ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., pp. 87, 93 y 94. Si bien hay que señalar que Escrivá parece extender tal amplitud también a la base ontológica, dando por tanto cabida a cualquier circunstancia fáctica que acontezca antes del juicio. (Cfr. *ibid.*, pp. 89 y 90). Cuestión ésta en la que ya he mostrado mi desacuerdo.

Nos alerta también este autor acerca de la utilización de diferentes composiciones de las bases según se trate de figuras de peligro concreto o abstracto, considerando que no tiene sentido tal distinción, pues:

"... cuando se trate de juzgar no se debe recortar el campo de conocimientos, tanto de orden fáctico como nomológico, que nos ayuden a emitir el juicio, ...". Vid. *ibid.* pp. 91 y 92.

También Méndez Rodríguez opta por unas bases lo más amplias posibles, si bien sólo para las figuras de peligro concreto, y precisamente para evitar que se equiparen a las de peligro abstracto. Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., pp. 106 y 107.

<sup>11</sup> Es más, las nuevas leyes que se hubieran descubierto, tampoco serán exactamente las que hayan influido en el desarrollo real que con posterioridad al momento de la aparición del peligro siguieran los acontecimientos; y ello porque, con independencia de la cuestión relativa a la admisión o no de una realidad objetiva independiente de las personas como observadores e interpretes de la misma, nuestro conocimiento de las regularidades de tal presunto mundo objetivo no son sino meras hipótesis continuamente refutadas y superadas. Esto sin embargo no empece en absoluto lo que se está defendiendo en el texto, y ello porque en tanto que el juicio al que se está aludiendo es un juicio de previsibilidad para la misma se deberán utilizar los instrumentos que se consideren más válidos, aunque se sea consciente de que no sean perfectos.



su aparición el resultado de peligro, y a la vez entender que tal juicio se debe llevar a cabo con todos los conocimientos de la sociedad, lo que se está queriendo decir es que no se deberán tomar en consideración aquellos factores que de ningún modo pudieran influir en la evolución del peligro, no que no se puedan tener en cuenta aquellos que existiendo en tal momento no se tuviera conciencia de los mismos hasta pasado un tiempo.

Lo que se acaba de afirmar sirve tanto para los componentes ontológicos, antes fijados, como para los nomológicos de los que acabo de hablar, si bien respecto de estos es preciso efectuar una importante matización, sobre todo porque estamos hablando del peligro al hilo de los delitos de incendio, delitos en los que la intervención de personas (autores o terceros) con posterioridad a la aparición del incendio suele ser frecuente.<sup>12</sup> Se trata de destacar como los conocimientos nomológicos que tengan las personas con posibilidades de introducir elementos en el *iterin* que va desde la aparición del resultado de peligro hasta la eventual lesión del bien jurídico en cuestión, y con independencia de que coincidan o no con los tenidos por

---

<sup>12</sup> Vid. MORENO ALCÁZAR, M.A.: El concepto penal de incendio. Análisis jurisprudencial, op. cit., pp. 120 a 142, en especial desde la p. 134.

válidos en la sociedad, deberán ser tratados como factores integrantes de la base ontológica y no dentro de la nomológica. Por tanto cuando nos encontremos ante un supuesto en el que la comunidad científica, y con ella la sociedad, haya pasado a considerar como válida una determinada ley general en detrimento de la que se estimaba regía el acontecimiento en cuestión en el momento de aparición del resultado de peligro, la nueva versión de tal ley será la que deberá pasar a integrar la base nomológica, pero simultáneamente, y para el caso en el que la versión anterior hubiera podido influir en el comportamiento de alguna persona en el curso del peligro, tal versión refutada deberá incorporarse a la base ontológica.

En tanto que el resultado de peligro sea considerado como elemento objetivo del tipo (como mantengo), su determinación no debe encontrarse limitada porque renunciemos a utilizar los conocimientos adquiridos con posterioridad,<sup>13</sup> lo cual

---

<sup>13</sup> El limitar las bases del juicio de peligro a las circunstancias y conocimientos de la experiencia existentes en el momento en el que se produce el peligro es considerado por Corcoy Bidasolo como una concepción con reminiscencias subjetivas. Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, op. cit., p. 35, en texto y en nota al pie. En este sentido se pronunciaba ya Rodríguez Montañés, relacionando la clave de las concepciones subjetivas no extremas con la limitación de las bases de conocimientos. Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, op. cit., p. 28.

además refuerza la distinción entre el juicio de tipicidad y el de culpabilidad; y ello en la medida en la que este último, además de que sus bases de conocimientos (o la exigencias de las mismas) no pueden coincidir con el conjunto de conocimientos de la sociedad, dado que a nadie se le puede exigir poseer la totalidad del saber social,<sup>14</sup> nunca podrá incorporar lo que no se estuviera en condiciones de conocer en el momento de la acción.

Seguramente se entenderá mejor lo que he querido decir si lo ilustro con un ejemplo. Imaginemos el siguiente supuesto:

Un sujeto entra en un local comercial y delante de los empleados arroja un artefacto incendiario sobre unos montones de plásticos que se terminaban de descargar en la entrada del local. En el local en cuestión, y al alcance de los empleados, se encontraba un potente extintor cuyo manejo era perfectamente conocido por los mismos, encontrándose ellos y el extintor detrás de los plásticos que comenzaban a arder y sin que el local tuviera salida por la parte de detrás, siendo la única vía de salida la que se encontraba obstaculizada por los plásticos. El citado extintor llevaba adherida la correspondiente etiqueta en la que se indicaban sus características, y donde claramente especificaba que no era apto para ser aplicado sobre fuegos ocasionados por combustibles plásticos, cosa de la que tenían perfecto

---

<sup>14</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., p. 424.

conocimiento los empleados del local, de hecho normalmente no se almacenaban en el mismo este tipo de materiales. Finalmente el fuego no llegó a adquirir prácticamente dimensión alguna debido a que fue sofocado en seguida por el encargado de un almacén contiguo que llegó en el momento inmediatamente posterior al lanzamiento del artefacto indicado, utilizando un extintor que llevaba en su furgoneta. Un año después, antes de la celebración del acto del juicio oral, expertos en productos químicos habían llegado a la conclusión de que las sustancias contenidas en ese tipo de extintores eran perfectamente eficaces en la extinción de fuegos derivados de determinados tipos de plásticos, entre los que se encontraban precisamente aquellos que comenzaron a arder en el supuesto que nos ocupa, de hecho a partir de ese momento las etiquetas de tales extintores pasaron a indicar la aptitud de los mismos frente a tales fuegos.

Sin entrar de momento a calificar jurídicamente el supuesto descrito, pues todavía no me he pronunciado sobre el concepto de incendio que voy a mantener, sí que, con arreglo al entendimiento del peligro que he propuesto, creo poder afirmar que como consecuencia de los hechos descritos se pusieron en peligro la vida de los empleados que allí se encontraban. Sin que para nada enturbie tal consideración el hecho de que el fuego apenas llegara a hacer acto de presencia.

---

Situándonos en el momento en el que se acaba de lanzar el artefacto incendiario sobre los plásticos, una eventual lesión de la vida o integridad de los empleados situados tras ese montón de plásticos que estaba comenzando a arder y que obstaculizaba la única vía de salida, debería ser tomada muy en consideración, integrando por tanto el juicio de previsibilidad en que consiste el peligro en este caso. Dado que el montón de plásticos está obstaculizando la única vía de escape, la opción de las personas allí situadas pasa por apagar el fuego, pero el único instrumento con capacidad para sofocar un fuego que en instantes iba a adquirir dimensiones más que considerables, debido al alto poder calorífico de las materias plásticas sobre las que había prendido, era el extintor indicado, pero cuya utilización en ningún momento fue tomada en consideración por las personas en situación de hacerlo, debido a que estaban convencidos de su contraindicación. El peligro existió porque un observador con las bases de conocimiento anteriormente delimitadas:

1. No podrá valorar como elementos que anulen la posibilidad de lesión para la vida de los empleados del local la ulterior actuación de la persona que apaga el fuego, por ser absolutamente imprevisible la actuación de la misma en el momento en el que se ha situado para emitir el juicio de

previsibilidad, momento que es el que delimita la base ontológica.

2. Pese a saber que de utilizarse el extintor las dimensiones que el fuego adquiriera a continuación no representarían obstáculo alguno para su inmediata extinción (base nomológica integrada con los conocimientos acerca de las leyes generales que se tuvieran desde el momento de los hechos hasta el momento del efectivo juicio), no puede confiar en la virtualidad de tal ley general (los efectos inifugos de las sustancias contenidas en el extintor sobre los plásticos que comenzaban a arder) porque la misma depende de la actuación de los empleados, cuyos conocimientos nomológicos acerca de los efectos de la utilización del extintor se deben considerar como integrantes de la base ontológica.<sup>15</sup>

Distinto sería el supuesto en el que el local hubiera tenido instalado un sistema automático anti-incendios dotado de unos aspersores que emitieran la misma sustancia contenida en el extintor. De ser ello así, manteniendo exactamente igual el resto de los hechos, con independencia de que los citados aspersores se hubieran llegado a poner en

---

<sup>15</sup> Vid. *supra* las referencias que se efectúan a Popper en el epígrafe relativo a la naturaleza subjetiva u objetiva del peligro.

funcionamiento o no, si el observador llega a confiar en la correcta puesta en marcha de tal mecanismo, su juicio acerca de la aparición de peligro para las personas dependerá de si lo emite antes o después de que se sepa que los productos químicos del sistema anti-incendio tenían capacidad para sofocar el fuego iniciado.

## **2 - La relación de causalidad**

### **2.1 - Planteamiento. Las últimas aportaciones de Popper**

Con los supuestos que se acaban de comentar he pretendido ilustrar el contenido de las bases ontológica y nomológica antes definido; si bien, comparando el concepto de peligro que formulé y el análisis de estos ejemplos, se puede apreciar un salto lógico. El momento para efectuar el juicio de previsibilidad acerca de la existencia o no del peligro típico, lo establecí en el de la aparición de un peligro para el bien jurídico que se pretendiera proteger, lo cual puede parecer tautológico, máxime cuando en los supuestos que he comentado he partido directamente de analizarlos partiendo del momento en el que el fuego acababa de prender en los plásticos, sin explicar su porqué.

Para intentar explicar lo que realmente representa el concepto de peligro (típico) que he propuesto, es necesario que previamente me pronuncie sobre la problemática de la relación de causalidad. Tras indicar mi posición de partida al respecto, intentaré dotar a tal relación de un contenido que se corresponda con el pensamiento sistémico comentado en epígrafes anteriores; entendimiento que me permitirá afirmar que el peligro además de poder considerarse como un resultado objetivo tiene naturaleza "cuasi material"; lo que a su vez me facilitará solventar el aparente salto lógico que acabo de cuestionar.

Respecto del problema causal, y con miras a sus repercusiones en nuestra disciplina, parto de la concepción de Cobo del Rosal y Vives Antón. Los cuales distinguen entre una relación material de causación y una relación ideal de causalidad:

"La *relación material* por la que un estado de cosas produce determinados resultados puede denominarse *relación de causación*. La *relación ideal* que, dado un estado inicial de cosas y la operatividad de una o varias leyes generales, permite predecir la ocurrencia de determinados eventos es la que, propiamente, ha de recibir el nombre de *relación de causalidad*".<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 421.



Con tal distinción se pretende limitar la causación típica de un resultado a aquellos supuestos en los que el mismo se pudiera predecir con arreglo a una cierta regularidad situándonos en el momento de la realización del comportamiento y sirviéndonos del conjunto de los conocimientos que posea la sociedad. Cuando ello sea posible es cuando podremos hablar de causalidad con relevancia típica.

"... existe causalidad cuando las consecuencias de la conducta pueden ser previstas por un espectador imaginario, situado en el momento de la acción y previsto del conocimiento del autor y de todo el saber público de la humanidad".<sup>17</sup>

Como premisa a esta distinción entre causación y causalidad se requiere, según los autores citados, partir del "... reconocimiento de que no todo lo que acontece se halla necesariamente determinado".<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid.* pp. 424 y 425. Si bien señalan expresamente que este criterio debe tomarse tan sólo como un punto de partida, no obstante consideran que con el mismo no se produce confusión alguna entre las esferas de la tipicidad y de la culpabilidad, dado que: "... nadie podría poseer la totalidad del saber social y que, por lo tanto, a nadie podría exigírsele que lo poseyese". (*Ibid.* p. 424). Lo cual se muestra coherente con el carácter meramente instrumental que en sede de culpabilidad otorgan estos autores al parámetro del "deber objetivo de cuidado". (Cfr. *ibid.*, pp. 641 y ss., en especial p. 647).

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 423.

Tal premisa implica una toma de postura crítica respecto del pensamiento causal-mecanicista, del que todavía somos deudores hoy día;<sup>19</sup> dado que asumirla conlleva tomar conciencia de que el determinismo universal, al cual se encuentra íntimamente ligado el pensamiento mecanicista, representa una tesis metafísica no demostrable.

En este sentido se pronuncia Popper, y precisamente al hilo de cuestionarse el carácter científico del principio de causalidad; viniendo a decirnos que si afirmamos que todo acontecimiento puede explicarse causalmente por estar regido el mundo por leyes estrictas, estaremos emitiendo una aserción no contrastable. Lo cual desde su *falsacionismo*, que precisamente considera a una teoría científica preferible a otra en virtud de su mayor contrastabilidad, y por tanto, en virtud de su mayor capacidad para ser refutada, le lleva directamente a excluir del ámbito científico este entendimiento determinista de la problemática causal, calificando expresamente el principio de causalidad como un principio metafísico.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Y del que no debemos renegar, sino servirnos para avanzar en nuestro "conocimiento" del mundo y en la resolución de sus problemas. Cfr. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., pp. 61 y ss.

<sup>20</sup> Vid. POPPER, K.: La lógica de la investigación científica, Madrid, 1982, (6ª reimpresión de la 1ª ed. en castellano de 1962), pp. 57 y ss., 229 y ss, y 397.

No obstante Popper defiende con ahínco el que no se renuncie a intentar explicar causalmente los acontecimientos que podemos describir del mundo que nos rodea, y ello, paradójicamente, con la finalidad de posibilitar que siga avanzando el conocimiento científico de la realidad. En este sentido nos habla de la causalidad como de una regla metodológica irrenunciable para el avance de la ciencia, y que consiste en la decisión del científico de no abandonar jamás su búsqueda de leyes.<sup>21</sup>

Teniendo presentes estos reparos, y no queriendo renunciar a dotar de un referente naturalístico a la relación causal debemos comenzar por acudir al concepto lógico-científico de causa formulado por John Stuart Mill en 1866 (dentro plenamente del paradigma mecanicista), criticaba la arbitrariedad de la distinción entre causa y "*conditio sine qua non*". Mill consideraba que nuestro conocimiento a través de la experiencia se cifraba en cadenas de fenómenos, donde los previos eran condiciones necesarias de los siguientes, y donde, al no poder llegar mediante la experiencia a conocer la verdadera esencia de las cosas, no se podían establecer

---

En la última página indicada expresamente nos dice que "... la *contrastabilidad* o *refutabilidad* es lo único que las distingue (a las teorías científicas), en general, de las teorías metafísicas".

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 59 y 231.

grados dentro de esa necesidad que nos condujeran al hallazgo de esas "*conditio sine qua non*". Así las cosas, causa de un determinado efecto sería la totalidad de las condiciones, dadas las cuales, ese efecto se produce necesariamente.<sup>22</sup>

Si intentásemos aplicar directamente este concepto lógico-científico de causa a los fines del Derecho penal, nos encontraremos que ninguna acción podría ser considerada causa al no poner nunca la totalidad de las condiciones que la producción de cualquier evento requiere. No obstante es este concepto de causa el que subyace en la teoría de la equivalencia de las condiciones, cuando nos dice que:

"es causa del resultado toda condición, positiva o negativa, que suprimida "*in mente*" haría desaparecer el resultado en su forma concreta".<sup>23</sup>

Esta adaptación, por una lado permite calificar como causa de un evento a una conducta concreta, y por otro, no se desmarca tanto como parece del concepto lógico-científico,

---

<sup>22</sup> Vid. al respecto, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., pp. 407 y ss.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 408.

Maurach al darnos el concepto de causa de acuerdo con esta teoría nos la define así: "causa del resultado es toda condición que no puede ser suprimida (en un "proceso hipotético de eliminación") sin que, a la vez, quede excluido también el resultado en su configuración concreta". MAURACH, R.: Tratado de Derecho penal, I, trad. y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962, p. 229.

Comparando las dos definiciones de causa dadas desde la teoría de la condición se observa que la supresión *in mente* no es sino un proceso hipotético de eliminación.

pues aunque evidentemente permite entender las causas como condiciones aisladas, califica como tal a cualquier condición necesaria, y ya se ha señalado que todas las que hayan contribuido al evento que se analice se deberán tener por necesarias al no poder graduar tal necesidad.<sup>24</sup> Lo que desde la concepción de Stuart Mill es visto como una sola causa, desde la teoría de la equivalencia de las condiciones serían muchas, tantas como el número de condiciones necesarias que hayan llevado al efecto que se analice.

Aquí se encuentra el auténtico problema de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues, persiguiendo identificar causas relevantes a efectos penales, en algunos tipos lo hace en demasía. Este es el caso de aquellos delitos en los que se sanciona la producción de un resultado sin

---

<sup>24</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., pp. 407 y ss.

Sumamente ilustrativas al respecto son las siguientes consideraciones de Maurach:

“Causa, igual a condición”: la supremacía de la condición interpuesta por el autor, no está en función de su jerarquía, tipicidad ni carácter mediato o inmediato. La causalidad, ni resultará excluida por la culpa concurrente, incluso predominante del ofendido, ni desplazada por la intervención de un tercero. En consecuencia, no se reconocerá la distinción entre condiciones simplemente “favorecedoras” y condiciones “causales”. Poco importa la concurrencia de otras circunstancias; la posibilidad de eliminar posteriormente (v. gr. Por una operación) el resultado no se toma en consideración para el enjuiciamiento de la causalidad; la circunstancia de que el resultado se hubiera producido también con seguridad, de un modo distinto, no desplaza la causalidad del obrar.” MAURACH, R.: Tratado de Derecho penal, I, op. cit., p. 230.

delimitar el tipo conducta alguna, por ejemplo el delito de homicidio. En ellos, al no tener un criterio que limite la búsqueda, la regresión en busca de conductas antecedentes que pudieran ser consideradas causas no encuentra fin. Y dando además cabida, con esta extensión extraordinaria del concepto de causa, también en aquellos tipos donde la conducta venga en alguna medida delimitada con criterios ajenos a la mera producción del resultado típico, a la tipicidad de los denominados cursos causales irregulares.<sup>25</sup> Las distintas teorías limitadoras de la causalidad, al igual que las que intentan distinguir entre causalidad y responsabilidad objetiva, encuentran aquí su principal razón de ser.<sup>26</sup>

El esquema de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y al margen del problema indicado para fijar el punto de arranque, consistiría simplifícadamente en una secuencia lineal en la que A es la causa de B, B de C, C de D, y así sucesivamente hasta que se llegaba al resultado típico. Gráficamente se puede representar como una línea discontinua donde cada punto es causa del siguiente, y por

---

<sup>25</sup> Cfr. MAURACH, R.: Tratado de Derecho penal, I, op. cit., pp. 231 y ss. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., pp. 407 y ss.

<sup>26</sup> Al respecto pueden verse: MAURACH, R.: Tratado de Derecho penal, I, op. cit., pp. 233 y ss. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., pp. 414 y ss.

tanto de todos los sucesivos, y cuyo último punto representaría el resultado típico.<sup>27</sup>

Ejemplo:

- A) El sujeto "X" invita a subir a su coche al sujeto "Y".
  - B) El sujeto "Y", estando el coche en marcha arroja un cigarro encendido por la ventanilla del mismo.
  - C) El cigarro cae sobre unas hierbas secas que había en la cuneta.
  - D) Las hierbas se encienden.
  - E) El viento traslada una de esas hierbas encendidas a unos 50 metros de distancia sobre una zona de matorrales.
  - F) El fuego de esa hierba prende en los matorrales ...
- Pero esta descripción de la secuencia causal podía haberse

efectuado de mil formas distintas, por ejemplo de esta otra:

- A) El sujeto "X" invita a subir a su coche al sujeto "Y".
- B) El sujeto "Y", estando el coche en marcha, arroja la colilla de un cigarro por la ventanilla del mismo en el momento en el que el sujeto "Y" bajaba dicha ventanilla.
- C) El cigarro cae sobre unas hierbas secas que había en la cuneta; la humedad ambiente era prácticamente nula; reinaba una temperatura de 40° C, y hacía fuerte viento.
- D) Las hierbas se encienden; sigue el fuerte viento y la temperatura y humedad indicadas.
- E) Las hierbas encendidas son trasladadas por el viento a unos 50 metros sobre una zona de matorrales, permaneciendo el estado del viento, humedad y temperatura.
- F) El fuego de esa hierba prende en los matorrales ...

---

<sup>27</sup> Esta idea de la sucesión lineal de causas es para la que parece pensado el recurso al juicio hipotético tras la supresión "in mente" de la supuesta causa; de aquí que el supuesto que más problemas genera a la teoría de la condición es el de la concurrencia de causas capaces cada una por sí sola de seguir conduciendo al resultado. Este es el único caso en el que, según Cerezo Mir, falla la teoría de la condición. Vid. CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal español. Parte General, vol. II, 6ª ed., Madrid, 1998, p. 53.

En ambos ejemplos, intentando describir unos mismos hechos, he utilizado palabras distintas y mencionado circunstancias diversas; así, en la primera versión indico que lo arrojado por la ventanilla del vehículo en cuestión es un cigarro encendido, mientras que en la versión segunda hablo de una colilla, aunque precisamente es en esta descripción de los hechos en la que no sólo aludo a que las hierbas sobre las que cae la colilla estaban secas, sino que además menciono la temperatura, humedad y viento reinantes.

Con estas observaciones pretendo poner de manifiesto que los hechos tal y como hayan ocurrido (relación material de causación), se dan siempre dentro de un contexto, y el extraerlos del mismo con mayor o menor grado de detalle implica ya un juicio acerca de su relevancia en las consecuencias que se relacionen con los mismos. Así, el optar por calificar un cigarro a punto de consumirse como cigarro encendido o como colilla puede ser cuestión de matiz, si bien cuando antes hablé sólo de una colilla luego me vi en la necesidad de acentuar las condiciones del contexto en el que se produjo tal acción para justificar el ulterior desarrollo de los hechos, pues parece que la potencialidad incendiaria de una colilla es menor que la de un cigarro encendido.

Pues bien, se ha dicho que la teoría de la equivalencia de las condiciones respetaba en buena medida el concepto lógico-



científico de causa pese a considerar causa de un evento a una condición aislada, y para ello se ha resaltado que tal condición debía tener el carácter de necesaria en el curso concreto para que los hechos hubieran ocurrido tal y como lo hicieron. Ahora se puede añadir que no podremos saber si una conducta fue necesaria para el resultado si no la valoramos insertada en su contexto. Ello nos lleva a que, aunque nos centremos en una conducta como posible causa de un resultado, deberemos atender a la misma en su concreta manifestación dentro del contexto en el que se dé. Asimismo nos encontramos de inmediato con el problema de los límites del contexto relevante; es decir, el problema de hasta dónde extraer condiciones del contexto para describir la causa. Lo cual viene a poner de manifiesto la relatividad que supone el hablar de causas individuales, pues cada una de las mismas se podrán describir a su vez como un conjunto de condiciones (con-causas) en la medida en la que se consideren necesarias para el desarrollo concreto que siguieron los hechos.

Así, cada punto de esa secuencia lineal puede ser visto como un eslabón, como un conjunto de causas (puntos) que, precisamente por coincidir en el tiempo, sean la "causa" del siguiente eslabón (conjunto de efectos, que a su vez serán "causa" del siguiente); y sin que ello sea obstáculo para que cada uno de los puntos que integren los distintos eslabones

puedan ser considerados por sí solos como causas, y ello en la medida en la que la ausencia de alguno de los mismos hiciera perder la fuerza necesaria al correspondiente eslabón al que perteneciera para seguir formando parte de la cadena causal.

Esta representación del problema causal se puede entrever en algunas ideas de Puppe. La cadena se podría corresponder con la secuencia de los hechos tal y como han ocurrido (sin añadir nada); el eslabón sería una "condición suficiente" del resultado según las leyes de la naturaleza; la aportación de la conducta analizada, en cambio, deberá entenderse como un componente necesario de la condición suficiente para poder calificarse de causa, o mejor de con-causa, pues, junto a tal conducta, también serán causas todo otro componente necesario de una condición suficiente. Además, según Puppe, la condición suficiente no puede ser descrita de modo completo en la práctica, aludiéndose de modo expreso sólo a una parte de ella, y presumiéndose la parte restante, la cual normalmente es mucho más amplia que la expresada. A la parte no mencionada, la denomina "campo causal" (siguiendo a Mackie); siendo la elección de qué partes de la condición

suficiente se refieren expresamente una cuestión de "especial interés explicativo individual o arbitrio".<sup>28</sup>

Esta última referencia a la idea de "campo causal" resulta muy interesante, pues con ella se nos está diciendo que además de la causa individual que consideremos expresamente existen un cúmulo de factores que, aunque no se hagan explícitos, están ahí complementándola de forma tácita. Pero, si ese estado de cosas que representa la referencia de Puppe a la condición necesaria, la entendemos, como ella misma considera más acertado, no a cualquier condición suficiente, sino a la condición *mínima* suficiente,<sup>29</sup> entonces cualquier componente de tal estado de cosas, pertenezca a la condición explícita o a su "campo causal", deberá ser considerado necesario, y por tanto calificado de con-causa.

Por tanto, aunque hablemos de una secuencia de causas individualizadas, al hacerlo atendiendo a sus manifestaciones concretas dentro del contexto en el que se dieron, lo que estaremos haciendo es atender a una secuencia de conjuntos de con-causas. Así las cosas el expresar con mayor o menor

---

<sup>28</sup> Cfr. PUPPE, I.: "Causalidad", en ADPCP, T. XLV, 1992, (trad. Silva Sánchez, J.M<sup>a</sup>.), pp. 689 a 692, en especial notas 12 y 14. Obsérvese que se ha invertido el sentido de los términos; cuando Puppe habla de condición no se refiere a los componentes de una causa, sino al contexto del que forman parte las causas.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 691.

detalle la condición mínima suficiente (el eslabón) -cuestión que se dijo quedaba al arbitrio del interés explicitativo del sujeto que esté analizando la relación-, no representará una limitación de las con-causas, sino sólo supondrá el entendimiento por tal sujeto de la innecesariedad de aludir al resto de matices por sobreentenderlos presentes.

Pues bien, llegados a este punto procede volver a hablar de Popper; así, su idea de propensión, que representa como él mismo nos dice una interpretación objetiva de la teoría de la probabilidad, implica normalmente la existencia de fuerzas (causas) contrapuestas. Estas propensiones pueden adquirir valores entre 0 y 1, al igual que las probabilidades matemáticas; pues bien, en lo que ahora nos interesa el valor 1 referido al concepto de propensión se correspondería con el caso especial en el que no habría contraposición de fuerzas, sino sólo una, la cual actuaría produciendo el efecto esperado.

Por otro lado estas propensiones no se pueden predicar de los objetos aisladamente considerados, sino que son propiedades inherentes a una situación de la que el objeto forme parte. Así la propensión de una moneda a salir cara cuando es lanzada al aire es de  $\frac{1}{2}$ , pero ello es así sólo si la superficie donde caiga es plana, si la superficie contuviera ranuras, la propensión a salir cara disminuiría en

la medida en la que aparecería una determinada propensión a que la moneda quedara incrustada en una ranura; por tanto la propensión se predica de la moneda, pero depende de la situación.<sup>30</sup> Lo cual implica que , cuando pretendamos predecir un suceso deberemos ser conscientes de la situación en la que se vaya a desenvolver. De hecho la definición que Popper nos da del concepto de propensión nos dice que la misma es:

"... la disposición ponderada de una cosa en determinada situación a asumir cierta propiedad o estado".<sup>31</sup>

A esto es necesario añadir que el entorno está en continuo cambio; es decir, instante a instante las situaciones varían. Tan sólo cuando los cambios que se vayan produciendo en el entorno los podamos omitir, por llegar a la conclusión de que son irrelevantes a los efectos que nos interesen, estaremos en condiciones de hablar de propensiones fijas en el tiempo (en el intervalo en el que los cambios en la situación permanezcan dentro de los márgenes indicados).<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Vid. POPPER, K., en Popper/Eccles: El yo y su cerebro, Barcelona, 1980, pp. 29 y 30. POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", en Un mundo de propensiones, 2ª ed., Madrid, 1996, pp. 30 a 34.

<sup>31</sup> POPPER, K., en Popper/Eccles: El yo y su cerebro, Barcelona, 1980, p. 29 en nota al pie número 4.

<sup>32</sup> Cfr. POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 36.

Si por causa entendemos, como se ha venido haciendo desde la física, un estado de cosas descrito por las condiciones iniciales que permite con arreglo a una teoría aceptada predecir desde esas condiciones un determinado efecto, y si estamos ante un caso hipotético de los indicados en el párrafo anterior donde podemos hacer abstracción de los cambios en la situación, la propensión no sólo será fija (absoluta), sino que será 1; lo cual debido a la relación deductiva que implica el concepto de causa dado resulta trivial.<sup>33</sup>

Así las cosas Popper nos dice que:

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 36 y 45. En el texto hablo de propensión igual a 1, mientras que en la p. 45 indicada, Popper habla de probabilidad igual a 1, esto se debe a que he insertado el concepto de causa que Popper nos recuerda dentro de una de las situaciones especiales descritas.

Por otro lado, fijándonos exclusivamente en el concepto de causa indicado, y por tanto sin necesidad de hablar de propensiones, sino tan solo de probabilidades, el hecho de que estas sean 1 es una de las razones que llevaban a Popper a mostrarse crítico desde el principio con el principio de causalidad; pues si el mismo se formula aludiendo a que cualquier acontecimiento puede explicarse causalmente, y entendemos que "puede" quiere decir que siempre es posible lógicamente establecer una relación causal, con la formulación de tal principio se estará incurriendo en una afirmación tautológica, "... ya que para una predicción cualquiera podemos siempre encontrar enunciados universales y condiciones iniciales a partir de los cuales sea deductible". Vid. POPPER, K.: La lógica de la investigación científica, op. cit., pp. 58 y 59.

La otra razón, en parte ya vista, por la que Popper rechazaba como científico el principio de causalidad así formulado, era porque la opción que quedaba tras la observación anterior no podía ser otra que la de la afirmación de que el mundo está regido por leyes necesarias, lo cual no podía ser falsable. *Ibidem*.

"La causación no es sino un caso especial de propensión: aquél en el que la propensión es 1, una fuerza o demanda determinante de realización."<sup>34</sup>

Pero es tan especial ese caso que realmente nunca se da.<sup>35</sup>

O en todo caso sólo se da cuando entre causa y efecto media un intervalo de tiempo/espacio que tiendan a cero; es decir, lo más pequeño que podamos imaginar.<sup>36</sup> Esto es igual que decir que nunca podemos saber lo que va a ocurrir con certeza absoluta hasta el momento en el que acontece. El siguiente texto del propio Popper puede resultar esclarecedor:

"Lo que puede suceder en el futuro -mañana al mediodía, digamos- es, hasta cierto punto, algo abierto. Existen múltiples posibilidades tratando de realizarse, aunque sólo unas pocas tienen una propensión altamente elevada, dadas las condiciones existentes. A medida que nos vamos acercando a dicho mediodía, bajo condiciones en constante cambio, muchas de esas propensiones irán pasando a ser 0, y otras irán adquiriendo un valor muy reducido; algunas de las propensiones restantes irán aumentando. Al mediodía, aquellas propensiones que se

---

<sup>34</sup> POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 43.

<sup>35</sup> Con todo Popper no es tan tajante, deja abierta la posibilidad de que a nivel de sistemas planetarios quepan situaciones que se puedan describir mediante leyes deterministas. *Ibid.* p. 49. No obstante en breve comentaré que ni siquiera a esos niveles parece posible.

<sup>36</sup> Cfr. POPPER, K.: La lógica de la investigación científica, op. cit., p. 58. Del mismo: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 46 a 49.

realicen tendrán un valor igual a 1 en presencia de las condiciones entonces existentes. Otras se habrán aproximado a 1 de modo continuo; y aun otras en un salto discontinuo. (...) Y, pese a que podemos considerar el último estado de condiciones al mediodía como la causa de la realización última de las propensiones, nada queda ya del antiguo empuje determinista cartesiano en esta visión del mundo".<sup>37</sup>

Así puede entenderse que Popper describa el presente como "... un continuo proceso de actualización de propensiones".<sup>38</sup> Pero pese a que no podamos saber de antemano con certeza absoluta lo que va a acontecer a nuestro alrededor, el dato de que por un lado haya propensiones que inicialmente sean 0, o que enseguida desaparecen (al convertirse en propensión 0), y por otro encontremos propensiones cercanas a 1, o que se aproximan continuamente a tal valor, lleva a Popper a afirmar que:

"... aún es posible distinguir entre casos *prima facie* causales y no-causales".<sup>39</sup>

Como se puede apreciar todas estas referencias a la teoría de las propensiones de Popper, refuerzan considerablemente

---

<sup>37</sup> Vid. última obra citada, pp. 45 y 46.

Esto le conduce a limar considerablemente la diferencia tradicional entre leyes deterministas y leyes probabilísticas, llegando a la conclusión que la primeras no son sino aproximaciones a pretendidas regularidades, regularidades que conseguían repetirse en el laboratorio (y de ahí la consideración de la naturaleza determinista de tales leyes) mediante la creación de "... condiciones artificiales que, o bien excluyen, o bien reducen a 0, toda propensión perturbadora que interfiera". Cfr. *ibid.*, pp. 47 y 48.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 46.



todas las ideas previas respecto del entendimiento la causalidad como una cadena lineal de fenómenos individuales pero en la que no se podía obviar el contexto.

Constatado, caso de que se admitan los anteriores postulados, que no podemos predecir nada con absoluta certeza hasta que acontece, la relación de causación, que se definió como una relación material, sólo podrá ser descrita a posteriori, una vez que los acontecimientos se hayan desarrollado; lo cual no quiere decir que se trate siempre de algo evidente a los sentidos, pues cuando con base en la experiencia no veamos como obvio la producción de un determinado fenómeno, se deberá investigar intentando determinar las condiciones previas que hayan conducido (propensiones) a la actualización de tal efecto. En todo caso, lo normal será que siempre se consiga enlazar un acontecimiento con algunas condiciones previas; y es que no podemos olvidar que partimos de atrás adelante, y por tanto el propio resultado nos da información de su procedencia (causa). Si se nos pregunta por las consecuencias de que una persona invite a subir a su coche a otra, las repuestas podrán ser infinitas, y por tanto la propensión referida a la futura actualización de cada una de esas infinitas

---

posibilidades tenderá a cero; una de ellas podrá ser que se va a generar un fuego en una zona de matorrales. Si la pregunta es si la invitación del sujeto "X" es causa del fuego en los matorrales al que se aludió en ejemplos anteriores; la respuesta sólo puede ser afirmativa, existió relación de causación entre ambos acontecimientos. Puestos en el momento de la invitación a subir al coche la propensión de un tal fuego era prácticamente nula, aunque no cero, como lo demuestra el hecho de que hemos relacionado ambos eventos. La cuestión está en encontrar de donde proceden las propensiones que hayan llevado a los acontecimientos sobre los que se indague, y a esto responde la relación de causación.<sup>40</sup>

Pero evidentemente parece que, tal y como describí los hechos del fuego en los matorrales, el sujeto "X" no debería soportar responsabilidades penales; aquí entraría en juego la relación ideal de causalidad. Teniendo por acontecido el fuego en los matorrales, y situados en el momento de la invitación a "Y" a subir al coche, la propensión de tal fuego existiendo no podía ser tenida por predecible con arreglo a la regularidad del acontecer, de la experiencia.

---

<sup>40</sup> Si en esta búsqueda, y contando con todos los datos fácticos que consideremos relevantes, no somos capaces de establecer tal relación, procederá hablar de causas sobrenaturales.

En el momento en el que describiendo la relación de causación subyacente lleguemos a un acontecimiento desde el que podamos afirmar tal predecibilidad, estaremos en condiciones de articular la relación de causalidad entre tales acontecimientos y el resultado del fuego. Dado que la regularidad del mundo físico nos resulta mucho más predecible que la de las conductas humanas, normalmente será tras el comportamiento de una persona cuando seamos capaces de establecer la relación de causalidad.<sup>41</sup> Cuando ello no sea así, sino que el momento que nos permita afirmar la causalidad, derive de la constatación de un evento físico (o animal), lo será seguramente por la imprevisibilidad de tal evento.<sup>42</sup> Si bien esto no quita que puedan existir conductas de personas con posterioridad al evento en cuestión aumenten

---

<sup>41</sup> En los ejemplos del fuego en los matorrales, aunque la relación de causación la hemos llevado al momento de la invitación por parte de "X" a "Y" a subir al coche, pudiendo haberla insertado en un momento muy anterior, lo cierto es que, tal y como se han descrito los hechos, hasta que "Y" no está arrojando la colilla (o el cigarro encendido) al exterior del coche y en la situación concreta que se describió, no parece que fuera posible ver la propensión del fuego comentado como capaz de actualizarse.

<sup>42</sup> Lo cual no impedirá que muy excepcionalmente podamos dar con intervenciones humanas anteriores al mismo que podamos poner en relación de causación con tal evento, y por tanto con el resultado típico. Este podría ser el caso de quien arroja por la ventanilla del coche un trozo del bocadillo que estaba comiendo, yendo a caer el mismo a una ladera nevada que produjo una bola de nieve que acabó por generar un alud, hiriendo a un excursionista y siendo que en tal lugar nunca se habían producido aludes hasta ese momento.

las propensiones de que el resultado típico se materializara, en cuyo caso nada obstará para que podamos establecer la relación de causalidad penal entre las mismas y el resultado.<sup>43</sup>

## **2.2 - La relación de causalidad desde la denominada física del caos**

Pues bien, dejando de momento la teoría de Popper acerca de las propensiones, tanto la representación lineal de la causalidad (atendiendo a una secuencia de causas individuales), como la versión más compleja (y realista) que, pese a necesitar también de la individualización de las causas para poder imputarles resultados, no se desentiende en ese proceso de individualización de la interrelación con el resto de condiciones relevantes del entorno, se corresponden con el entendimiento científico de la causalidad operante en la naturaleza como una **causalidad fuerte**, según la cual a pequeñas variaciones en las condiciones iniciales

---

<sup>43</sup> Piénsese, por ejemplo, en un fuego en una casa rural originado por un rayo; fuego que seguramente, por haberse generado en una estancia muy poco amueblada, se habría extinguido por sí sólo de no haberse abierto las puertas y ventanas de tal casa para que se produjera una corriente de aire que extendió el fuego.

corresponderían pequeñas variaciones en los resultados, lo que se muestra en coherencia con el entendimiento de que sólo algunas circunstancias serían relevantes de cara a la predicción de ulteriores consecuencias.<sup>44</sup> Por su parte y dado que la mayoría de los tipos penales del siglo pasado eran de

---

<sup>44</sup> Vid. KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", en Folia Humanística, Tomo XXXII, núm. 337, marzo-abril 1994, p. 95. (Beroulf Kanitscheider es Catedrático de Filosofía de la Ciencia en la Universidad de Giessen -Alemania-).

En las primeras obras de Kelsen la naturaleza está regida por leyes naturales, entendiendo por ley natural aquella que enuncia que: "dadas determinadas condiciones previas, que en cierto modo son iguales, acontecerán siempre unos efectos iguales". Citado por DE LA CUESTA AGUADO, P.: Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, 2ª ed., op. cit., p. 41; donde nos dice que tal entendimiento lo había tomado Kelsen del físico Hemholz.

Pues bien, es significativo que precisamente fuera este físico quien en 1854 generalizara la segunda ley de la termodinámica al macrocosmos. Tal ley afirma todo sistema que no reciba aporte energético y material evoluciona irreversiblemente hacia un estado de equilibrio con la máxima entropía ("desorden"). Y es significativo porque con la generalización de la ley de Clausius llevada a cabo por Hemholz, la separación entre la Física y la Biología aumentaba considerablemente; dado que el universo visto en su conjunto debería tender al máximo desorden, no se podía entender el aumento de complejidad que implicaba la teoría de la evolución de Darwin. (Vid. KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., pp. 109 y 110. En el mismo sentido FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., p. 199). Tal problema seguía dándose incluso tras la aparición de la teoría de la relatividad y de la teoría cuántica. (Vid. PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, -traducción de Jacomet, P., Madrid, 1997, p. 19). Seguía por tanto siendo necesario resolver la contradicción entre una Biología que nos informa de un proceso de formación de estructuras a lo largo de miles de millones de años y una Física que sólo puede describir la desintegración de esas mismas estructuras. La aplicación en la práctica, más o menos solapada, del principio fuerte de causalidad no permitía superar esa contradicción, se hacía necesario adoptar una perspectiva más amplia. Cfr. KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., pp. 95 y ss. y 109 y ss.

lesión de bienes jurídicos individuales con referente material, como parece corresponderse con las exigencias de un Derecho penal liberal,<sup>45</sup> el análisis de la causalidad tenía como punto final de referencia la evidencia material de una lesión, lo cual facilitaba el que a la misma se la viera como el eslabón final de la cadena causal.

A los problemas vistos para la individualización a efectos penales de una causa a la que atribuir el resultado se suma, en aquellos delitos cuyos bienes jurídicos no tenían un referente material, el problema de la previa fijación de tal resultado; problema que cada vez se va extendiendo más ante la proliferación de los delitos de peligro, lo cual puede estar en el centro del abandono progresivo de las estructuras causales para resolver los problemas de imputación penal de resultados típicos, dado que tales peligros, aun calificándose de resultados objetivos, no tendrían el contenido material requerido para servir de punto de referencia al que (o desde el que) dirigir la relación causal.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., p. 326.

<sup>46</sup> En este sentido es interesante la estrecha vinculación que efectúa Mayer entre la concepción de la conducta delictiva como la casusación de la lesión de un bien jurídico y la penetración del pensamiento causal naturalista en la ciencia penal, encontrando en

Llegados a este punto voy a intentar reconstruir la problemática causal desde la nueva física del caos.

Desde este nuevo entendimiento de la física (con las matemáticas que le subyacen), que no sólo encuentra perfecto acomodo dentro del paradigma sistémico de la ciencia sino que además es uno de los pilares en los que se sustenta,<sup>47</sup> las relaciones de causación y de causalidad adquieren una perspectiva muy similar a la que se ha visto se puede llegar desde la teoría de las propensiones de Popper, si bien ligeramente distinta.

No obstante, antes de continuar debo dejar claro que el esfuerzo que he puesto, y voy a poner a continuación, en el intento de acercarme a una solución de la problemática causal no significa una apuesta por un mundo objetivo aprehensible desde la ciencia y al que se hiciera necesario acudir por tanto para justificar pericialmente la subsunción típica de unos hechos. Antes al contrario, lo que finalmente se pone de

---

ello la razón por la cual sólo resulta propiamente aplicable a bienes jurídicos objetivamente determinados como la vida, la integridad física o la propiedad. MAYER : Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, pp. 205 y 206; citado por DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario..., op cit., p. 260.

<sup>47</sup> Cfr. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., pp. 205, 209, 211 y 212.

manifiesto con esta nueva concepción de la ciencia, no es sino el "relativismo" de todo conocimiento.<sup>48</sup>

Pues bien, desde esta nueva visión de la física se desvela la existencia en la naturaleza de una **causalidad débil**, o lo que es lo mismo, la absoluta interdependencia de todo lo que acontece en un momento determinado, y por tanto, la sensibilidad de los resultados respecto de las más mínimas condiciones iniciales.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Lo cual no es lo mismo que negar la existencia de un mundo objetivo; ambas afirmaciones son perfectamente compatibles. Sobre esta cuestión se volverá más adelante cuando se hable de la importancia del lenguaje. Vid. *infra* epígrafe IV.6.

En todo caso, según Capra:

"Lo que convierte al planteamiento sistémico en una ciencia es el descubrimiento de que existe el conocimiento aproximado. Esta percepción resulta crucial para la totalidad de la ciencia moderna. El viejo paradigma se basa en la creencia cartesiana de la certitud del conocimiento científico. En el nuevo paradigma se admite que todos los conceptos y teorías científicas son limitados y aproximados; la ciencia nunca puede facilitar una comprensión completa y definitiva". CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., pp. 60 y 61.

<sup>49</sup> Vid. KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., p. 95. GLEIK, J.: Caos. La creación de una ciencia, 2ª ed., traducción de Gutiérrez-Larraya, J.A., Barcelona, 1994, p. 30.

Desde esta premisa, y prestando especial atención a los trabajos de Poincaré, Ilya Prigogine, ya en plena clave sistémica, consigue demostrar cómo se generan estructuras, y por tanto complejidad, pese a la vigencia de la segunda ley de la termodinámica. Estas investigaciones le llevaron a obtener el Nobel de Química en 1977. Cfr. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., pp. 212 y 213.

De esta forma la separación entre Física y Biología antes denunciada encuentra un camino para el encuentro, y con él la posibilidad de llegar a afirmaciones mucho más atrevidas, como las que efectúa el propio Prigogine cuando considera que aunque se está lejos de los dos ideales que nos legaron los antiguos



Gráficamente esta causalidad débil se puede entender, en lugar de como una cadena de eslabones, como una secuencia de planos, viniendo integrado cada plano por el estado del universo en un momento dado, algo así como una película del universo en la que cada fotograma es causa del siguiente. Evidentemente se trata sólo de un recurso visual para intentar una aproximación al problema causal, dado que no es posible plasmar todas las condiciones del universo que conocemos (tridimensional, si obviemos la cuestión del tiempo) en un plano que es una representación bidimensional, siendo que en el mismo debemos incluir absolutamente todo lo contenido en el universo en el instante de realizar la foto,

---

griegos: el ideal de la inteligibilidad de la naturaleza (el de formar un sistema de ideas generales que sea necesario, lógico, coherente, y en función del cual todos los elementos de nuestra experiencia puedan ser interpretados), y el ideal de la democracia (cimentado en el presupuesto de la libertad, creatividad y responsabilidad humanas), se está en condiciones de juzgar que no son contradictorios. Vid. PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., pp. 23 y 24.

Es interesante señalar cómo la concepción de la causalidad del propio Stuart Mill ya posibilitaba este entendimiento de una causalidad débil. Esto se puede apreciar cuando refiriéndose al principio de causalidad nos dice que:

"En la naturaleza se producen casos paralelos; lo que sucede una vez volverá a suceder, dado un grado suficiente de semejanza de las circunstancias"

STUART MILL, J.S.: A System of Logic, 8ª ed., Londres, 1879, citado por GUTIERREZ CABRIA, S.: Filosofía de la probabilidad, Valencia, 1992, p. 45. El problema de tal formulación, como denuncia Gutiérrez Cabria, se encuentra en la ambigüedad de lo que se haya de entender por "semejanza de circunstancias". (*Ibidem*). En función de ello nos moveremos hacia una causalidad fuerte o débil.

pues no se debe olvidar que se está partiendo de la relevancia de las mínimas condiciones. Piénsese que con esta insistencia en la relevancia de los pequeños detalles no se está hablando de otra cosa que del divulgado efecto mariposa, a saber, la relevancia que tiene el aleteo de una mariposa en Brasil respecto de una tormenta días después en Texas.<sup>50</sup> Efecto mariposa que encuentra su versión a nivel del universo en la relevancia que puede tener el vuelo de una mosca (si las hubiere) en Sirio respecto de acontecimientos que ocurran en la Tierra.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> La demostración del mismo se debe al meteorólogo Edward Lorenz, a principios de los años 60. Vid. CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., pp. 150 y 151; GLEIK, J.: Caos. La creación de una ciencia, op. cit., pp. 19 y ss.; y PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., p. 32.

<sup>51</sup> Este ejemplo está extraído de KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., pp. 96 y 97, quien se basa para el mismo en un trabajo científico que llega a la conclusión de la relevancia que tendría la desviación de un gramo de masa en Sirio en orden a alterar un oscilador inarmónico de tal modo que al cabo de 80 oscilaciones se comportaría de forma completamente distinta a como lo hubiera hecho sin esa variación. El oscilador armónico es el instrumento más sencillo de la Mecánica capaz de oscilar; en él la fuerza de recuperación es proporcional a la elongación desde la situación de reposo. A tales instrumentos se les denominaba osciladores armónicos hasta que se dieron cuenta de la relevancia que en los mismos tenían las más pequeñas perturbaciones. En esta misma línea Ferrer Figueras nos habla, citando al físico Franck Harlow del centro de investigación de los Álamos, de las potencialidades de un electrón situado en el límite de la galaxia. Vid. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., p. 205.

Aunque a efectos directamente penales esta "exageración" de la atención a las más ínfimas circunstancias puede que no fuera necesaria, ni siquiera para la naturaleza del peligro que voy a

Vistos estos ejemplos es posible que cueste incluso intuir la relevancia de los mismos a efectos dogmático penales, no en vano se está intentando llegar a un concepto jurídico penal de incendio, y en estos momentos nos hallamos siguiendo el vuelo de una mosca en una estrella lejana. No obstante entiendo que resultan sumamente interesantes para ilustrar varias cuestiones: desde la afirmación de la imposibilidad de predecibilidad absoluta -con sus implicaciones en sede de determinismo/indeterminismo-, hasta la constatación del peligro como un resultado objetivo y cuasi material.

La ciencia mecanicista es una ciencia en la que rige la necesidad, y por tanto la regularidad; como las consecuencias de los presupuestos se consideran necesarias, se pueden predecir, lo cual nos genera tranquilidad. Cuando algo falla se atribuye a que nos faltan conocimientos, a la ignorancia humana, y se asegura que de adquirirse los conocimientos necesarios se podría predecir sin fallar. Como se aprecia, desde la ciencia clásica la ilusión de la predecibilidad subsiste, y subsiste incluso en aquellos que, como Laplace, tenían la intuición de que la causalidad operante en la

---

defender y para la que me van a servir de apoyo ciertas referencias expresas del propio Popper, creo no obstante que tiene ciertas implicaciones importantes en orden a no aventurar conclusiones precipitadas respecto a la consideración relativa a que el determinismo o el indeterminismo quedan probados desde esta nueva física. Vid. *infra* epígrafe IV. 3.

naturaleza era débil antes que fuerte.<sup>52</sup> Así, ya en 1820, Laplace nos decía que:

"Debemos considerar el estado presente del universo como el efecto de su estado anterior y como la causa del estado que le siga. Una inteligencia que conociera todas las fuerzas que actúan en la naturaleza, en un instante dado, y las posiciones momentáneas de todas las cosas del universo, sería capaz de abarcar en una fórmula los movimientos de los cuerpos más grandes y de los átomos más livianos, siempre que su intelecto fuera suficientemente poderoso como para someter a análisis todos los datos; para ella nada sería incierto, y tanto el futuro como el pasado estarían presentes a sus ojos".<sup>53</sup>

Pues bien, así como la relatividad eliminó la ilusión del espacio y el tiempo absolutos de Newton, y la teoría cuántica arruinó el sueño de un proceso de medición controlable, el caos barre la fantasía de Laplace de la predecibilidad.<sup>54</sup>

Constatada desde la física del caos la necesidad de asumir que la naturaleza se encuentra regida por una causalidad débil donde hasta la más pequeña circunstancia puede resultar

---

<sup>52</sup> Cfr. KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., pp. 93 y 95.

<sup>53</sup> Texto extraído de GUTIERREZ CABRIA, S.: Filosofía de la probabilidad, op. cit., p. 32.

<sup>54</sup> Vid. GLEIK, J.: Caos. La creación de una ciencia, op. cit., p. 14.

extremadamente relevante, la "inteligencia" de la que nos hablaba Laplace sólo podría predecir el futuro si conociese el estado del mundo con una precisión infinita,<sup>55</sup> lo cual no sería posible ni siquiera con la mayor de los ordenadores que fuéramos capaces de imaginar. Y no sería posible porque tal hipotética máquina debería contener también la información de cada uno de sus componentes hasta el más mínimo detalle. La única forma posible pasaría porque tal "inteligencia" u ordenador se hallarían fuera del universo.<sup>56</sup>

Pero, yendo más lejos, ni siquiera si tal máquina pudiera existir en nuestro mundo, permitiéndonos conocer hasta el más mínimo detalle del estado del universo entero en un momento dado, podríamos pedirle que nos adelantara el futuro, y ello porque, dado que no podría operar con una "visión reducida" del mundo, sus previsiones coincidirían con el momento en el que los acontecimientos fueran ocurriendo.

"La propiedad clave de la causalidad, y con ella de la caoticidad, consiste en la imposibilidad de abreviar el programa del computador".<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Vid. PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., p. 40.

<sup>56</sup> Vid. KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., pp. 92, 93 y 104. Cfr. GLEIK, J.: Caos. La creación de una ciencia, op. cit., pp. 22 y ss.

<sup>57</sup> KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., p. 102.

La nueva ciencia revela pues, el fin de las certidumbres, o en todo caso el fin de la esperanza de las mismas; lo cual no implica necesariamente caer en el puro azar,<sup>58</sup> sino

---

Esto encaja con lo visto acerca del entendimiento de la causación como un supuesto excepcional donde la propensión de lo ocurrido era 1, y por tanto su conocimiento sólo accesible en el momento de actualizarse. Vid. *supra* epígrafe IV.2.1.

Extremadamente significativo a este respecto es la adhesión al pensamiento de Popper acerca de la naturaleza objetiva de las propabilidades/propensiones que expresamente manifiesta Prigogine. Vid. PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., pp. 151 y 152.

En el caso de Prigogine interesa señalar que la impredecibilidad no deriva sólo de la necesidad de atender hasta a los más mínimos detalles; sino que como consecuencia de los trabajos sobre termodinámica en los sistemas vivos que dieron lugar a que se le concediera el Nobel, a tal impredecibilidad añade la que se deriva de la existencia de bifurcaciones donde los sistemas pueden tomar varios caminos, dependiendo el que tomen de la historia previa del sistema en cuestión. No se trata de afirmar que el sistema puede tomar un camino u otro, sino que el camino que tome no podrá ser pronosticado si no se cuenta, además de con el conjunto de datos exigidos por la causalidad débil, con el historial previo del sistema que se esté analizando. Cfr. *ibid.* p. 40; CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., pp. 193 y ss.; FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., pp. 212 y 213.

<sup>58</sup> Precisamente porque sí cabe que se den con antelación a un suceso propensiones de que éste ocurra muy próximas a 1; en este sentido, y además de lo ya comentado al respecto con anterioridad (Vid. *supra* epígrafe IV.2.1), desde el principio Popper ha entendido que las propensiones próximas a cero o a uno serían de carácter causal. (Cfr. POPPER, K., en Popper/Eccles: El yo y su cerebro, op. cit., p. 29). En esta misma página Popper otorga conjuntamente el carácter causal a las propensiones cero y uno, y a las próximas a tales valores; no obstante se ha visto cómo con posterioridad, a la propensión 1 la califica expresamente como supuesto especial y sólo pudiendo referirla respecto del estado de cosas inmediatamente anterior al efecto sobre el que se predique, entendiendo además que el intervalo entre ese estado de cosas anterior y el efecto debe tender a cero, razón por la que se ha dicho que sólo cabe hablar de causación (propensión 1) tras la actualización del resultado. Cfr. POPPER, K.: "Un mundo de

simplemente afirmar la imposibilidad de una predecibilidad segura, el Sol va (seguramente) a seguir saliendo mañana, aunque los físicos saben que jamás contarán con modelos matemáticos que les permitan predecir con relativa seguridad la posición del mismo dentro de unos millones de años.<sup>59</sup>

La tranquilidad para seguir nuestras vidas cotidianas sigue garantizada, sólo que ahora sin el falso velo de la certidumbre, lo cual puede resultar muy útil para aproximarnos a la naturaleza del mundo y del hombre:

"Asistimos a la emergencia de una ciencia que ya no se limita a situaciones simplificadas, idealizadas, mas nos instala frente a la complejidad del mundo real, una ciencia que permite a la creatividad humana vivenciarse como la expresión singular de un rasgo fundamental común en todos los niveles de la naturaleza".<sup>60</sup>

La necesidad deja de ser característica definitoria del mundo físico, el azar hace su aparición en el mismo, y con él

---

propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., pp. 43 y ss. en especial p. 46.

<sup>59</sup> Cfr. PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., pp. 213 y ss; CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., p. 152. Es más, incluso se ha llegado a establecer un método para medir el grado de predecibilidad/impredecibilidad del comportamiento de un sistema, tal medida acaba cifrándose en los exponentes de Lyapunov (cfr. GLEIK, J.: Caos. La creación de una ciencia, op. cit., p. 254). Con base en tales exponentes se ha llegado a afirmar que: "... el caos es nomologizable, es decir, puede expresarse mediante leyes". KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., p. 106.

<sup>60</sup> PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., p. 13.

uno de los presupuestos necesarios para la libertad; ya no será necesario separar una *res cogitans* de una *res extensa* dentro del hombre, al modo de Descartes, para justificar la libertad que aparentemente disfrutamos, o sufrimos.<sup>61</sup>

### 3 - Determinismo/indeterminismo

No obstante se hace preciso aclarar que afirmar el fin de las certidumbres no significa afirmar el destierro del determinismo. Es más, se llega a hablar de un "caos determinista";<sup>62</sup> dado que hasta la más mínima condición es relevante para todo lo que acontece, nuestra sensación de libertad quedaría justificada, si bien sólo se trataría de la constatación de la impredecibilidad.<sup>63</sup> El azar al que acabo de

---

<sup>61</sup> Cfr. CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., pp. 71 y ss.; KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., p. 94, 126 y 127.

<sup>62</sup> Vid. CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., p. 150; KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., p. 102; POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 50; PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., p. 32.

<sup>63</sup> Popper se muestra expresamente en contra de estas interpretaciones deterministas derivadas de las matemáticas del caos, y ello por entender que lo único que se desprende de las mismas es la impredecibilidad señalada (vid. POPPER, K.: "Un mundo



referirme no sería sinónimo de libertad de elección, sino tan sólo indicaría la imposibilidad de saber el desarrollo de los acontecimientos antes de que ocurran.<sup>64</sup> Por todo ello la

---

de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 50). Así, aunque llega a calificar a las leyes que rigen las órbitas de los cuerpos de nuestro sistema planetario como estrictamente deterministas (*ibid.* p. 49), parece que a lo que realmente alude es la alta predecibilidad que el mismo posibilita en contraposición con los acontecimientos mundanos, siendo consciente que incluso a tan gran nivel el pretendido carácter determinista sólo encontraría apoyo en el problema newtoniano de los dos cuerpos (*ibid.* p. 51). La irresolubilidad del problema de los tres cuerpos (la determinación con exactitud de las órbitas de un sistema celeste con tres o más astros), tal y como ya lo vio Poincaré a finales del siglo XIX apuntaba a que no se trataba de una cuestión de falta de conocimientos. Vid. FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., p. 209; KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., pp. 99 y 100.

<sup>64</sup> El atender a lo que ocurre con el número  $\pi$  puede resultar ilustrativo. Hay un algoritmo que permite calcular este número real con las cifras decimales que se quiera, pero no se puede determinar de antemano, es decir, sin llevar a cabo este procedimiento de cálculo, cuál es, por ejemplo, la cifra que ocupa el lugar millonésimo. El hecho de resultar imposible encontrar un atajo en el procedimiento es lo que se califica de aleatoriedad de la sucesión de las cifras. Vid. *ibid.* p. 103.

Esto se podría trasladar también a las predicciones meteorológicas. Así, aunque la Tierra se cubriese de sensores distanciados treinta centímetros (en lugar de unos noventa y seis kilómetros como ocurre ahora), y que se alzaran con intervalos de treinta centímetros hasta lo más alto de la atmósfera, seguiríamos sin poder predecir si saldría el Sol o lloverá en un lugar determinado de un día concreto del mes siguiente, (cfr. GLEIK, J.: Caos. La creación de una ciencia, op. cit., pp. 28 y 29). Tal impredecibilidad no se encuentra necesariamente reñida con el hecho de que el tiempo que vaya a darse el día fijado en el lugar elegido esté o no determinado, no lo prejuzga.

Lo cierto es que esta impredecibilidad que se deriva de la física del caos genera, como se está viendo, la necesidad de matizar en adelante nuestras referencias al determinismo/indeterminismo. Muy significativas resultan las afirmaciones del físico estadounidense Doyne Farmer, quien

afirmación del determinismo sigue teniendo la naturaleza de tesis metafísica que antes se dijo. Naturaleza metafísica que comparte con la tesis que afirma el indeterminismo.<sup>65</sup>

No obstante, puestos a elegir prefiero quedarme con la afirmación de esta última. Además, una vez asumidos los planteamientos derivados de la física del caos en orden a dotar de relevancia hasta a las mínimas condiciones, y pese a lo dicho, mi opción por la defensa de un mundo indeterminista se hace mucho más sólida. Bajo la óptica de la ciencia mecanicista el recurso de Descartes afirmando que el determinismo sólo rige para el mundo físico podía llegar a

---

refiriéndose a los descubrimientos que se venían efectuando desde la física del caos manifiesta que:

"Desde el punto de vista filosófico, se me antojó que era un medio operativo de definir el libre albedrío, uno que permitía conciliar éste con el determinismo. El sistema es determinista, pero no se puede decir qué hará a continuación". *Ibid.* p. 251.

<sup>65</sup> Como ya se ha visto en páginas anteriores no parece esta la posición de Popper, quien efectúa continuas referencias al indeterminismo de nuestro mundo (vid. POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 38, y p. 51). En esta última página justo tras habernos dicho que las matemáticas del caos no implican determinismo sino sólo impredecibilidad. El hecho de que tal impredecibilidad resulta compatible tanto con el determinismo como con el indeterminismo, conlleva que no haya contradicción en estas afirmaciones de Popper.

No obstante, el propio Prigogine, que nos dice estar de acuerdo con Popper respecto de que: "... el indeterminismo es compatible con el realismo, y que aceptar ese hecho nos permite adoptar ... una interpretación objetivista de la probabilidad", nos manifiesta previamente que su convicción, aunque consciente de que no es plenamente demostrable, es la de la ilusión de nuestro libre actuar. Vid. PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., p. 20 y 151.

resultar mucho más tranquilizador que desde el paradigma sistémico en el que se inserta la nueva física; y ello porque una vez afirmada la relevancia de hasta la más mínima condición inicial respecto de ulteriores resultados, hasta el extremo de afirmar que el vuelo de una mosca en una estrella lejana influirá en lo que ocurra en un momento posterior, no puede negarse la misma o similar influencia a la descarga eléctrica que se produce entre axón y dendritas de neuronas contiguas de nuestro cerebro cuando pensamos cualquier idea.<sup>66</sup> En otras palabras, al haber afirmado la imposibilidad de predecibilidad absoluta de los acontecimientos del mundo físico hemos aproximado la naturaleza del mismo a la del hombre, y por tanto de afirmar el determinismo, el restringir el mismo a dicho mundo físico resulta más difícil de justificar que bajo el paradigma mecanicista.

---

<sup>66</sup> Popper, en su libro "El yo y su cerebro", establece una clasificación de "mundos", según se refieran a estados físicos (mundo 1), a estados psíquicos (mundo 2), o a los contenidos de la mente (mundo 3), extrayendo la conclusión del indeterminismo en atención a la influencia que observa del mundo 3 sobre el mundo 1. Así nos dice que una teoría científica (objeto del mundo 3) puede cambiar el mundo 1 (físico), (cfr. POPPER, K., en Popper/Eccles: El yo y su cerebro, op. cit., pp. 40, 43 y ss.). Pues bien, se ha visto en la nota anterior como Prigogine calificaba de ilusión el indeterminismo, a tal ilusión seguía una pregunta tomada de Rabindranath Tagore: "¿Acaso el carácter legal de los acontecimientos (que se manifiesta de manera más o menos clara en la naturaleza inorgánica) debería cesar de verificarse ante las actividades de nuestro cerebro?" Vid. PRIGOGINE, I.: El fin de las certidumbres, op. cit., p. 20 y 151. El contenido del paréntesis pertenece a la cita.

Si bien, a la vez, y dadas las consecuencias a las que conduciría bajo estas nuevas premisas la afirmación de determinismo, entiendo que la opción por el indeterminismo sale notablemente revalorizada, dado que no queda lugar alguno para la defensa de ningún tipo de compatibilismo más o menos velado.<sup>67</sup>

Sí cualquier acción, expresión, incluso pensamiento humano se encontraran determinados, nada importa de lo que se haga, diga o piense, pues necesariamente así tenía que ser.<sup>68</sup> Pero imaginemos que en el universo en el que nos encontramos hay realmente un margen para el azar (entendido no meramente como consecuencia de nuestra imposibilidad de predicción absoluta), y por tanto para la libertad humana; bajo tal

---

<sup>67</sup> Por esto no puedo compartir la posición de Mir Puig cuando tras negar la posibilidad de acudir a la ciencia (por supuesto a la que opera bajo el paradigma mecanicista) para fundamentar el libre albedrío, nos dice que ello no significa que haya que desconocer: "... la evidente virtualidad de los factores culturales en la decisión humana. (...) No sólo los instintos ni el funcionamiento biológico del hombre determinan sus decisiones, sino también los usos y las normas sociales, morales y jurídicas". MIR PUIG, S.: "La perspectiva "ex ante" en Derecho penal, en ADPCP, T. XXXVI, 1983, p. 19.

<sup>68</sup>

"Si los átomos que componen nuestros cuerpos obedecen a leyes físicas tan inmutables como los movimientos de los planetas ¿por qué esforzarse?, ¿qué importa la magnitud de nuestro esfuerzo, si nuestros actos ya están predeterminados por leyes mecánicas? COMPTON, A.H.: The Freedom of Man, New York, 1935, p. 1, citado por GUTIERREZ CABRIA, S.: Filosofía de la probabilidad, op. cit., p. 54.

hipótesis afirmar el determinismo conduce a restar importancia a lo que hagamos, digamos o pensemos, dado que se nos estará diciendo que ninguna otra cosa podíamos hacer, decir o pensar. Pues bien, si en la hipótesis de encontrarnos en un mundo determinista da exactamente igual la posición que se mantenga, y en la hipótesis de hallarnos en un mundo indeterminista es preferible afirmar tal hipótesis como real, parece obvia la opción por este último entendimiento, pues en nada afectaría a una realidad determinista y en cambio beneficia a una realidad indeterminista.

Esta actitud implica la consideración de las personas como seres con capacidad para ser responsables de sus actos, y por tanto creo que se muestra coherente con la exigencia de responsabilidades (en su caso penales) por lo mismos cuando se considere que los hayan realizado libremente.

#### **4 - Peligro subjetivo/peligro objetivo**

Gran parte de lo dicho en las últimas páginas guarda una estrecha relación con la atribución al peligro de una naturaleza subjetivo u objetiva. No en vano las tesis que afirman la subjetividad del concepto de peligro encuentran su base en el entendimiento de las leyes causales como leyes

necesarias, siendo por tanto el peligro tan sólo un producto de nuestra ignorancia, lo que no ha ocurrido no podía ocurrir.<sup>69</sup> De aquí se infiere que conforme nuestros conocimientos acerca de las leyes causales se vayan perfeccionando estaremos en condiciones de predecir cualquier acontecimiento y por tanto de asegurar o negar la ulterior producción de lesión, y ya hemos visto como esto justamente es lo que desde la nueva ciencia se nos dice expresamente haber probado como imposible. Pero esto no es suficiente para desterrar la concepción subjetiva del peligro, pues puede mantenerse, como se ha visto, el carácter unívoco de los cursos causales pese a que no podamos preverlos.

No obstante, como se acaba de señalar, sin llegar a quitar la etiqueta de metafísica a las tesis que afirman o niegan el determinismo, esta nueva concepción de la ciencia aporta argumentos pragmáticos para optar por el indeterminismo, y

"El azar y la imposibilidad de cálculo, tal y como observamos en los complejos fenómenos de la vida cotidiana, son debidas, según la perspectiva clásica, a la *ignorancia humana* de las verdaderas causas. (...) La complejidad, se creía, sería tan sólo un enmarañado acúmulo de muchos procesos en sí mismos simples. Serían únicamente motivos pragmáticos los que impedirían predecir el comportamiento exacto de los sistemas complejos". KANITSCHIEDER, B.: "Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades", op. cit., pp. 93 y 99.

con él por el entendimiento del peligro como una realidad objetiva.<sup>70</sup>

Pues bien, sin haber profundizado en esta nueva visión de la ciencia, en nuestra disciplina es actualmente mayoritaria la doctrina que, entre el binomio subjetividad/objetividad, apuesta por dotar al peligro de una naturaleza predominantemente objetiva; si bien cada vez son más quienes no desconocen los aspectos valorativos del mismo.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Significativas son las siguientes palabras de Rodríguez Montañés (siguiendo a Demuth):

"El mundo de hoy no se rige por leyes causales de necesidad, sino por la relatividad y el indeterminismo, y, en ese marco, puede afirmarse la existencia real del peligro". RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, op. cit., p. 28.

Popper, desde su apuesta por la vigencia del indeterminismo en nuestro mundo, nos dice que el cambio de valor de las propensiones en principio no tiene nada que ver con nuestra carencia de conocimiento. Vid. POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 40.

No obstante continúa diciéndonos que dada nuestra gran carencia de conocimientos pueden darse deslices que formen parte del cambio de valor que vayan experimentando las propensiones. (*Ibidem*). Ya no es que algo ocurrirá o no ocurrirá con independencia de que lo podamos prever o no, sino que nuestras previsiones (incluso las erróneas) influyen en la probabilidad objetiva de que el evento en cuestión se produzca. Esto podemos ponerlo en relación con lo dicho con anterioridad al hablar de la amplitud de la base nomológica con la que llevar a cabo el juicio de peligro. Vid. *supra* epígrafe IV.1.

<sup>71</sup> Vid. las referencias que al respecto se efectúan, entre otras, en las siguientes obras: CORCOY BIDASOLO, M.: Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, op. cit., p. 32 y ss.; ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., pp. 47 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., pp. 52 y ss. y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, op. cit., pp. 22 y ss.

Sin embargo, pese a esta apuesta a favor de la objetividad del peligro, no se le acaba de dar el mismo contenido que a los resultados de lesión de bienes jurídicos con sustrato material; y ello pese a que, por contraposición a las teorías subjetivas, lo que se nos dice desde buena parte de estas concepciones que se denominan objetivas (las que no refieren exclusivamente la objetividad a la base nomológica de experiencia común desde la que se emite el juicio de peligro),<sup>72</sup> es que el peligro "existe" con independencia de que el juicio que emitamos al respecto lo afirme o lo niegue;<sup>73</sup> igual que una lesión de la integridad física que ya

---

<sup>72</sup> Vid. ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., pp. 62.

<sup>73</sup> Comparando las teorías subjetivas y objetivas del peligro, Rodríguez Montañés nos dice que:

"La única diferencia sustancial entre ambas radica en el carácter que se otorga al juicio de peligro: para la teoría subjetiva, al negar existencia real al peligro, el juicio tiene carácter constitutivo; para la teoría objetiva, el peligro tiene entidad propia en el mundo externo, más allá de la persona que emite el juicio, por lo que éste tiene carácter meramente declarativo". RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, op. cit., p. 27.

La misma idea la encontramos en CORCOY BIDASOLO, M.: Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, op. cit., p. 34.

Escrivá Gregori nos advierte expresamente de las diferencias que existen dentro de los que afirman la objetividad del peligro en orden a considerarlo o no como una entidad real. (Vid. ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., p. 62). Así, por ejemplo, Cerezo Mir, atribuye un carácter objetivo al peligro en atención a la objetividad de la base nomológica con la que considera se debe efectuar el juicio de peligro, señalando expresamente que ello no quiere decir que se trate el peligro como algo real; y lo que



ha curado no deja de haber existido por el hecho de que en el momento del juicio se concluya que no existió. Pues bien, una de las consecuencias que se pueden extraer de la premisa que afirma la íntima dependencia de las condiciones iniciales es precisamente el dotar a los resultados de peligro y de lesión de una naturaleza muy similar, si no idéntica; la diferencia entre ambos resultados se limitaría a una cuestión práctica: la evidencia del resultado lesivo frente a la dificultad de determinación del resultado de peligro; si bien, no es pequeña diferencia.

Si aceptamos que el mundo físico está gobernado por una causalidad débil, la imagen del proceso causal (causación material) como una cadena de causas individuales se ve definitivamente superada por la sucesión de planos antes comentada; y simultáneamente, el entendimiento del problema causal como una cadena de eslabones (conjuntos de causas) sale reforzado, adquiriendo matices nuevos.

Cada uno de esos planos, que representa la totalidad de las condiciones del universo en un instante determinado, es

---

ahora es más importante, cuestionándose la opción por la consideración o no del peligro como perteneciente al mundo óntico, en función de las implicaciones que la Física cuántica puede conllevar respecto de la imposibilidad de predicciones deterministas. Vid. CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal español. Parte General, vol. II, 6ª ed., op. cit., p. 114, en nota al pie.

en su conjunto la "causa" del estado de la totalidad de las condiciones del universo en el instante siguiente, que vendría representado por otro plano. Sería algo así como la teoría de Stuart Mill elevada a la máxima potencia.

Pues bien, volviendo a la representación gráfica por planos del problema causal, en uno de esos planos podremos encontrar un conjunto de condiciones (eslabón) que claramente entendamos como el resultado lesivo de un tipo penal, por ejemplo una persona muerta. La presencia de tal cadáver puede ser descrita como un enorme conjunto de circunstancias; por ejemplo, y sin profundizar demasiado, el estado bioquímico de cada uno de sus órganos y las relaciones entre ellos. En todo caso la interrelación entre ese conjunto de circunstancias nos resulta evidente y las tratamos como una unidad. Esta evidencia tiene como consecuencia que en los delitos de lesión rápidamente se identifique el plano que contiene el resultado típico, y a la vez que tal plano represente el final de la secuencia de planos relevante a efectos penales.

Por el contrario, cuando hablamos de delitos con resultado de peligro, el conjunto de circunstancias objetivas (eslabón) cuya relación entre sí nos lleva a afirmar tal peligro se hallaría relativamente disperso dentro del plano en el que se den, lo que hace que el plano en el que se inserta el resultado típico de peligro no resulta tan

evidente como en el caso de los resultados de lesión, y además no constituye necesariamente el último plano con relevancia penal, dado que nos estamos moviendo en el nivel de la causación donde no tiene sentido hablar de una perspectiva *ex post* o *ex ante*, sino que se trata de constatar la presencia de unos hechos y la relación secuencial de los mismos, secuencia en la que tras un resultado de peligro puede hallarse otro de más peligro e incluso de lesión.<sup>74</sup>

En cualquier caso, habiendo insertado tanto el resultado típico de lesión como el de peligro dentro de un plano que representa la realidad "objetiva" en un instante determinado,

---

<sup>74</sup> Tampoco un resultado lesivo tiene por qué delimitar el último plano de la secuencia con relevancia penal, puede que la lesión se vea incrementada en un plano posterior, pero ésta normalmente se nos haría evidente y acudiríamos directamente a ella.

En relación con estas últimas ideas es interesante exponer la concepción del peligro que mantiene Doval Pais, quien sin necesidad alguna de acudir a nuevas concepciones de la física, aboga por una concepción predominantemente objetiva del peligro utilizando una terminología que impide que nos mantengamos en el simplista esquema lineal de la sucesión individualizada de causas. Así, define el peligro como: "aquel estado de cosas en el que es previsible la posibilidad de que un bien jurídico protegido sufra una lesión", entendiendo por estado de cosas "... un conjunto de hechos o circunstancias objetivas y externas, pertenecientes a la realidad física,... que constituye un elemento que convierte en operativo (jurídico-penalmente) el contexto causal en el que tiene lugar", pero aclarando finalmente que "... lo que se castiga en los delitos de peligro es la creación de un contexto causal abierto que podría cerrarse causando una lesión, y no el cierre del contexto". Cfr. DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario..., op. cit., pp. 275 y ss.

se puede pasar a afirmar la pertenencia al plano ontológico de ambas clases de resultados.<sup>75</sup>

En este sentido Popper, que como vimos consideraba su teoría de las propensiones como una interpretación objetiva de las probabilidades, llega a decir expresamente que las mismas:

"... no son meras posibilidades, sino realidades físicas. Son tan reales como las fuerzas o los campos de fuerzas. (...) Son reales, existen. (...) Las propensiones, como las fuerzas de atracción newtonianas, son invisibles; como aquellas, pueden actuar: son actuales, reales. Nos vemos, por tanto, obligados a atribuir cierto tipo de realidad a las meras posibilidades".<sup>76</sup>

Así, en referencia a este "cierto tipo de realidad", y para indicar la dificultad inherente de comprobación que

---

<sup>75</sup> Expresamente en contra de esta posibilidad se muestra García Rivas:

"... contra la opinión de algunos (que lo sitúan en el plano ontológico), no existe "peligro en sí", sino que se trata de una realidad transitiva, que sólo ve la luz poniendo en relación dos fenómenos, estando por ello teleológicamente orientada." GARCÍA RIVAS, N.: Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial, op. cit., p. 32. El paréntesis pertenece a la cita.

No obstante la referencia que efectúa a que se trata de una realidad transitiva delata la posibilidad de la opción que estoy defendiendo. De hecho, en las páginas que siguen a la afirmación transcrita, García Rivas no habla del peligro, no como un juicio, sino como una situación real, afirmando que el riesgo de un evento existe con independencia de que lo pronostiquemos o no. Vid. *ibid.* p. 35.

<sup>76</sup> POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., pp. 30, 31 y 40.

conlleven los resultados de peligro respecto de los de lesión, al encontrarse el conjunto de circunstancias que integran los primeros mucho más dispersas en el plano que en el caso de los segundos, aludiré al peligro como a un resultado objetivo de naturaleza cuasi material.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Esta aproximación del peligro a la lesión encuentra su contrapunto en la concienciación de la relatividad del propio concepto de lesión. Esto se evidencia cuando hablamos de resultado de lesión refiriéndolo a bienes jurídicos sin objeto material que les sirva de sustrato, como sería el caso del honor (y dejando ahora a un lado los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos para evitar interferencias innecesarias con los planteamientos que respecto de los mismos se han mantenido). Lo cual conduce a Muñoz Conde a afirmar el carácter normativo del concepto de lesión de un bien jurídico. MUÑOZ CONDE, F., en Muñoz Conde/García Arán: Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, 1998, p. 338.

La noción de lesión ya no podrá quedar limitada a la destrucción o menoscabo físico de un objeto, sino que necesariamente deberá adoptar una configuración más amplia, equiparable a la idea de perturbación, idea que, a juicio de Doval País, implica una aproximación a la idea de resultado valorativo del delito, impidiendo hablar de resultado de peligro respecto de estos bienes jurídicos carentes de representación corpórea, dado que la mera amenaza de perturbación de los mismos implicaría ya una perturbación, lo que le lleva afirmar que en estos casos: "... el peligro puede llegar a igualarse conceptualmente a la lesión". (Cfr. DOVAL PAÍS, A.: Delitos de fraude alimentario..., op. cit., pp. 260 y ss.).

Vemos pues como por un lado se ha dotado al peligro de un contenido cuasi material, y por otro se constata el aspecto valorativo del concepto de lesión por referencia a bienes jurídicos carentes de referencia corpórea directa. Pero, yendo todavía más lejos, incluso se puede defender el aspecto valorativo, antes que descriptivo, de la lesión de bienes jurídicos con sustrato material.

Cuando los términos referidos a la lesión de un objeto corpóreo los calificamos como descriptivos, lo que estamos significando es el gran consenso que respecto de su significado han adquirido en el contexto social en el que se utilizan, pareciendo por tanto como referidos a una realidad objetiva que no requiere del soporte de ningún orden normativo para su interpretación; sin que ello, como se especificará, sea en modo alguno posible. Cfr. *supra*

Llegados a este punto, la relación de causalidad vendrá definida en los mismos términos que ya se dijeron; es decir: *relación ideal* que, dado un estado inicial de cosas y la operatividad de una o varias leyes generales, permite predecir la ocurrencia de determinados eventos. Pero ahora partimos de que tales eventos abarcarán supuestos de lesión y de peligro, y que ambos vendrán delimitados por un conjunto de circunstancias concretadas espacio-temporalmente (en tanto que proyección sobre un plano del estado del universo en un momento determinado), sólo que de forma más evidente en el caso de los resultados de lesión que en el de los de peligro.

El problema se plantea de inmediato, cuando queriendo extender la exigencia de la comprobación de la relación de causalidad a los delitos de peligro observamos que, a diferencia de los delitos de lesión, en los que como se dijo el plano en el que el resultado lesivo se encuentra inserto normalmente "salta a la vista", en los de peligro ello no es así; lo que en definitiva conduce a que, antes de llevar a cabo el juicio de causalidad se deberá haber fijado previamente el resultado de peligro.

Así, si se recuerda, definí el peligro penalmente relevante como un resultado objetivo sobre el que, realizado

---

epígrafe IV.6, dedicado a causalidad y lenguaje, en concreto lo

un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretende proteger adquiere relevancia típica. Pues bien, ahora que se ha justificado la naturaleza cuasi material de ese resultado objetivo que es el peligro, se puede comprender que el juicio de previsibilidad que *ex post facto* del mismo es necesario efectuar,<sup>78</sup> constituye un juicio distinto a los de causación y causalidad, pese a estar íntimamente relacionados con ambos.

---

relativo a la ontología que defienden Maturana y Varela.

<sup>78</sup> Méndez Rodríguez, tras un exhaustivo análisis crítico de las distintas concepciones acerca del momento y contenido de las bases con las que efectuar el juicio de peligro, mantiene que el mismo se debe efectuar: "ex post con inclusión de todas las circunstancias, de toda la realidad ontológica y nomológica". (Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., pp. 101 y ss., en especial p. 106 para la cita literal). Nos dice también que:

"La adopción del momento *ex post* es una consecuencia lógica de la definición objetiva del concepto de peligro y de su necesaria atribución al resultado". (*Ibid.* p. 102).

Asimismo reconoce que conceptualizar el peligro como un resultado implica un "... necesario tratamiento de paridad respecto al resto de resultados previstos en la ley". (*Ibid.* p. 124).

Pudiera parecer que esta concepción del peligro, a salvo de las limitaciones que impone a la base ontológica, es la que estoy manteniendo. Comparto la concepción objetiva del peligro y su tratamiento a nivel de paridad con los resultados de lesión, pero existen diferencias insalvables entre ambas concepciones. Ello es así porque en la concepción de Méndez Rodríguez faltan los presupuestos necesarios que le permitan ver el peligro no sólo como algo objetivo sino además como algo cuasi material; así nos dirá que:

"... la atribución del peligro al resultado no implica la estimación de que éste es una realidad existente por sí misma,... La opción no es referirlo (el peligro, se entiende) a la acción, sino referirlo a un estado de cosas a una situación que no es otra cosa que un resultado en términos jurídicos en lo que tiene de afección al bien jurídico, (en lo que tiene de peligroso)". *Ibidem*, el último paréntesis pertenece a la cita.

Los tres coinciden porque vienen integrados por la misma amplitud de las bases ontológica y nomológica. Pero mientras que el juicio de causación es un juicio "material", dado que sólo pretende comprobar la relación entre una secuencia de fenómenos que han acontecido, los de causalidad y peligro son juicios "ideales", ya que intentan predecir un fenómeno. A su vez estos dos últimos juicios difieren entre sí debido a que al juicio de causalidad subyacerá uno de causación, mientras que el al de peligro no; de hecho el juicio de causalidad persigue en estos delitos afirmar la predicibilidad de un conjunto de circunstancias desde la conducta enjuiciada, conjunto de circunstancias que son precisamente las que integran el punto de partida del juicio de peligro.

El de causalidad responderá al intento de averiguar el valor que en un momento previo (el de la conducta) se le podía atribuir a la propensión del resultado típico acaecido

---

Pues bien, esta situación que según la citada autora no es el peligro, pero que se puede calificar de peligrosa, es la que marca la referencia para el juicio *ex post*, y tal situación no es sino a la que con anterioridad se refiere como el "efectivo epílogo" (*ibid*, pp. 103, 109, 112, ...), el cual, dado que se parte de que no se ha producido la lesión, no es otro que el momento en el que ésta ya no puede realizarse. (*Vid. ibid*. pp. 102 y 103).

En cambio, cuando yo hablo de *ex post*, lo hago por referencia a una situación (a un conjunto de circunstancias), desde las cuales se debe efectuar el pronóstico acerca de la relevancia típica de las posibilidades que tal situación conlleve de lesión; situación que necesariamente es anterior en el tiempo a aquella en la que ya pueda afirmarse que la lesión no puede producirse, lo cual permite compatibilizar mi criterio *ex post* con el criterio *ex ante* referido a la lesión.



con posterioridad (valor 1). El de peligro pretende descubrir el máximo valor de una propensión que ya sabemos no ha llegado a 1, al no haberse materializado, y que desde tal valor máximo habrá iniciado normalmente una pérdida continua con tendencia a adoptar el valor 0.

Por su parte la relación del juicio de peligro con la relación de causación, y enlazando con lo que se acaba de decir, se podría denominar como de fijación. El juicio de peligro se deberá ir realizando sobre el conjunto de circunstancias que, contenidas en los diversos planos ontológicos se consideren con arreglo a la experiencia como indiciarias de peligro, hayan pertenecido a la relación de causación.

Tales repeticiones del juicio de peligro pretenden hallar el conjunto de circunstancias al que correspondan las mayores posibilidades de lesión del bien jurídico protegido por el tipo en cuestión. No obstante bastará con encontrar en un plano un conjunto de ellas desde las que se pueda afirmar la posibilidad de lesión con la relevancia que dicho tipo exija, en ese momento podremos comenzar la regresión a través de la relación de causación en busca de las conductas humanas desde

las que se puedan predecir la aparición de las circunstancias que integren ese resultado de peligro.<sup>79</sup>

De este modo se salva el aparente salto lógico que parecía producirse cuando afirmé que el juicio de previsibilidad que requiere la afirmación del peligro deberá llevarse a cabo una vez constatada la aparición de un resultado de peligro para el bien jurídico en cuestión.<sup>80</sup>

Todo este planteamiento, como se dijo al principio del mismo, no persigue tanto establecer una serie de pasos lógicos a seguir necesariamente para poder averiguar si hubo o no peligro y si éste cumplimentó el correspondiente tipo, cuanto desvelar la estructura que se esconde (a veces profundamente) detrás de todo juicio de peligro que pretenda ser objetivo; y a la vez, destacar la necesidad en estos juicios de atender a las particularidades de cada caso concreto, evitando las generalizaciones en la medida de lo posible.

---

<sup>79</sup> No obstante hay que señalar que el juicio de causación en los delitos de peligro adquiere matices distintos que en los delitos de lesión. Ello es debido a que los problemas de delimitación del mismo se encuentran en la determinación del resultado de peligro, y no tanto en la regresión sin límite de conductas candidatas a ser consideradas causas penalmente relevantes. *Vid. supra* epígrafe IV.5.1.

<sup>80</sup> Ahora se puede entender el sentido de la afirmación que introduje en el concepto de peligro que propuse en su momento, y que afirmaba que el momento del juicio de peligro debía ser *ex post* del resultado de peligro.

Dicho esto, se puede añadir que el mero hecho de ser conscientes de los pasos que conducen a la solución del problema que en cada caso estemos tratando, aunque resulten difícil de seguir en la práctica, tiene un valor intrínseco que puede sernos muy útil.<sup>81</sup>

Así, dentro de la sucesión de planos con la que se ha representado el fenómeno de la causación, el "experto" se dirigirá directamente a una secuencia muy concreta de ellos, no necesitando analizarlos todos para descubrir ese conjunto

---

<sup>81</sup> Cfr. PUPPE, I.: "Causalidad", op. cit., pp. 681 y ss. Comienza este artículo su autora dando cuenta de una extraña propiedad de la inteligencia humana: "... frecuentemente saben cómo es algo antes de saber por qué es así". A continuación se dedica a intentar descubrir los pasos que se esconden detrás de nuestros juicios de causalidad, y ello precisamente por constatar que de no tener conciencia de los mismos las soluciones apriorísticas que damos a los casos sencillos nos dificultan la solución de los más complejos.

Sumamente interesante a este respecto son las ideas que se desprenden de algunos experimentos relacionados con la denominada "inteligencia artificial" de los ordenadores. Así, parece ponerse de manifiesto la razón por la que, en aquellas tareas que requieren tener en cuenta el contexto, los "sistemas informáticos expertos" nunca actúan tan bien como los expertos humanos, que no lo hacen aplicando una secuencia de reglas, sino desde la base de su comprensión intuitiva de una constelación de hechos. De hecho, cuando se pregunta a un experto sobre las reglas que utiliza para resolver los problemas de su disciplina con la finalidad de crear un programa de ordenador, dichos expertos tienden a recordar las reglas que aplicaban cuando eran principiantes, pero que dejaron de utilizar en el momento en el que se convirtieron en expertos. Estas reglas programadas en un ordenador puede que den lugar a un "sistema experto" que supere a un principiante humano en el uso de tales reglas, pero nunca a un verdadero experto. La pericia parece que se mueve de lo abstracto a lo particular. Vid. CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., pp. 284 a 287.

de circunstancias que acaben comprobándose como integradoras del resultado de peligro típico. Se limitará a comprobar la posible existencia del juicio de peligro sólo sobre cada uno de los conjuntos que representen las circunstancias consideradas relevantes que se hallen presentes en esos planos seleccionados "intuitivamente", juicios que normalmente acabarán todos con la afirmación de la presencia de un resultado de peligro para el bien jurídico de que se trate, si bien no necesariamente alguno de ellos contendrá un peligro con relevancia típica. Lo primero porque ya se ha dicho que se considera el peligro como mera posibilidad de lesión, porque se está partiendo de una conducta típica, y porque es un experto el que suponemos lleva a cabo la selección de los planos a analizar; lo segundo porque de lo contrario no sería necesario emitir ningún juicio.

## **5 - Algunas consecuencias de este entendimiento del peligro**

Las siguientes líneas se vierten sin ánimo de profundizar en las cuestiones que voy a considerar, pues cada una de ellas requeriría, y han requerido, más de una monografía. No obstante es necesario que me pronuncie sobre las mismas a

modo de test para probar la virtualidad del entendimiento del peligro que he propuesto.

### **5.1 - La relación entre peligro abstracto y peligro concreto**

Se habrá observado como a lo largo de todos los epígrafes dedicados al tema de los bienes jurídicos , y especialmente cuando se trataron cuestiones relacionadas con el entendimiento de los bienes colectivos, no se hizo alusión a la relación que en la doctrina se tiende a establecer entre los mismos y las estructuras de peligro abstracto. Y no se efectuaron tales alusiones porque el entendimiento del peligro que se iba a defender, como se acaba de ver, impide una distinción nítida entre un peligro denominado concreto y otro denominado abstracto, y por ende entre las categorías intermedias que se han ido proponiendo por la doctrina.<sup>82</sup>

Para intentar explicar esta última afirmación creo oportuno traer a colación las referencias que en las páginas anteriores se han ido efectuando al hecho de que el resultado

---

<sup>82</sup> Vid. al respecto últimamente MATA Y MARTÍN, R.M.: Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada, 1997, pp. 75 y ss.

de peligro que nos interesa no es cualquier peligro para el bien jurídico, sino aquél que tiene relevancia típica. Detrás de esas afirmaciones se esconde el entendimiento de que para hablar de peligro (sin adjetivarlo de típico) basta en principio con la mera posibilidad de lesión.<sup>83</sup> Pues bien, dado

---

<sup>83</sup> Hablar de posibilidad en esta sede implica aceptar que cualquier probabilidad (entendida ésta como frecuencia relativa acerca de la ocurrencia de un suceso) habilita, por pequeña que sea, para hablar de peligro.

Méndez Rodríguez, citando a Schröder, nos dice que se puede pensar en distintos niveles de peligro según la alta o baja probabilidad de un resultado lesivo, por lo que la escasa probabilidad de un daño puede ser calificada, lógicamente, como peligro. (Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., p. 120, en nota al pie). En igual sentido Rodríguez Montañés, citando esta vez a Rohland, destaca la irrelevancia que para el concepto de peligro, abstracto o concreto, tiene el grado de probabilidad de que acontezca el resultado lesivo. Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, op. cit., p. 26.

La utilización del término probabilidad (sin adjetivos) para definir el peligro objetivo genera más incertidumbre que el de posibilidad, pues la misma se ha interpretado frecuentemente adjudicándole ya un concreto grado, que llega hasta entender que implica mayores posibilidades de que un suceso ocurra que de lo contrario; y además, estos grados de probabilidad a veces vienen referidos al peligro en general, y a veces al peligro considerado ya como elemento típico. Cfr. *ibid.* pp. 24 y ss.

Cfr. también ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., pp. 34, 63, 83 y 84; quien parte de considerar el peligro como posibilidad de lesión para distinguir entre un peligro "normal" y un peligro "relevante para el Derecho Penal" (vid. p. 63), y así, refiriéndose al grado de probabilidad exigible para integrar el concepto de peligro, nos dice que el mismo supone una noción valorativa que requiere concreción en cada caso, rechazando un criterio unitario y afirmando la necesidad de atender a los particulares requisitos que cada tipo exija. Si bien también señala en dichas páginas que en aquellos tipos en los que la ley se refiera, sin más, a la producción de un peligro, sin añadir matizaciones que incidan en la interpretación de dicho peligro, se deberá entender que se da tal peligro cuando exista mayor probabilidad que el acontecimiento dañoso se produzca que de lo contrario; encontrándose entre los ejemplos que cita el supuesto de incendio del artículo 556 del

el desarrollo industrial y tecnológico de nuestra Sociedad los peligros nos acechan por doquier; además, visto el fin de las certidumbres al que conducen las ideas que he expuesto, se amplía enormemente el abanico de supuestos en los que no se podrá negar la existencia de alguna posibilidad de lesión, y por tanto de peligro.

A efectos penales la principal limitación de estos supuestos se encuentra en que tales posibilidades de lesión deben derivar de la conducta típica. Y aquí se encuentra una de las claves de toda esta problemática, pues afortunadamente el legislador no suele tipificar genéricamente la creación de peligro para un bien jurídico, sino que anuda tal peligro a

---

VCP. Pues bien, si de entrada considero difícil que una redacción típica no dé indicios del grado de probabilidad exigible para integrar el peligro que tal tipo conlleve, en el caso de los incendios mucho más, la mera inclusión de la palabra "incendio" dentro de un tipo es ya muy significativa, como acabaré concluyendo a dar mi propuesta acerca de su concepto a efectos penales.

En la misma línea Gómez Pavón entiende que en principio cabe hablar de posibilidad (vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: El delito de conducción bajo de influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 3ª ed., Barcelona, 1998, p. 113), añadiendo con posterioridad que:

"Cualquier probabilidad de producción de un resultado hace que la acción sea peligrosa". *Ibid.* p. 117.

Si bien:

"Esta probabilidad tendrá relevancia para el Derecho cuando el legislador considere que el número de condiciones convierte la acción o situación en lo suficientemente peligrosa, o sea, cuando se llegue a un determinado grado de probabilidad, que haga necesaria la reacción jurídica para evitar daños a los bienes jurídicos dignos de protección". *Ibidem.*

que derive de la realización de determinada conducta descrita más o menos profusamente en el tipo.<sup>84</sup>

Así, mientras que en aquellos delitos de lesión, como el homicidio, que requieren un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta típica no viniendo la misma especificada sino por el dato de que haya causado (expresa o implícitamente) el resultado en cuestión, la regresión de la secuencia de causación se hace interminable, no pudiendo acudir al tipo para delimitarla, y haciéndose por tanto necesario, o por lo menos útil, el recurso al juicio de causalidad tal y como se ha defendido;<sup>85</sup> en aquellos delitos donde el tipo, requiriendo también la producción de un resultado, describa una determinada conducta utilizando algún elemento distinto del dato de que cause el resultado típico, como es el caso de los delitos denominados de peligro

---

<sup>84</sup> No encontramos en nuestra legislación penal ningún supuesto en el que el tipo diga escuetamente que se sanciona con determinada pena al que ponga en peligro determinado bien jurídico.

<sup>85</sup> En este sentido se pueden entender las críticas que se efectúan por Cobo del Rosal y Vives Antón a la teoría de la relevancia y al criterio que atiende al fin de protección de la norma, utilizado por la moderna teoría de la imputación objetiva, en el sentido de advertir que en tales casos no se puede acudir al tipo para solucionar el problema causal, debido a que precisamente se ha suscitado la problemática causal para solucionar el problema de la adecuación a tipo de estos delitos. Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., pp. 416 y 417.



concreto, se deberá acudir a tales elementos típicos para centrar el problema causal.

Así, en delitos como los de los artículos 381 NCP (conducción con temeridad manifiesta que pone en concreto peligro la vida o integridad de las personas), o 351 NCP (incendio con peligro para la vida o integridad física), el peligro típico no será cualquier peligro para la vida e integridad de las personas, sino aquél que generalmente con arreglo a la experiencia se derive de una conducción con la temeridad que requiere el artículo 381, o de una conducta que genere un incendio, tal y como exige el 351, respectivamente.<sup>86</sup> Tales conductas no bastan por sí solas para

---

<sup>86</sup> La utilización para integrar el concepto de peligro de expresiones tales como: "relevante probabilidad", "probabilidad razonable" o "probabilidad aceptable", no son sino referencias a la frecuencia en abstracto con la que se produce un resultado lesivo tras la realización de una conducta típica. (Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., pp. 120 y 121). Y es que aunque el grado de probabilidad que deba integrar el concepto de peligro no se puede determinar de forma genérica para todo delito: "... pues depende de la clase de bien jurídico, del ámbito del peligro y de otros muchos factores que determinan el nivel de riesgo permitido... el propio tipo puede ofrecer criterios para la constatación del grado de peligro exigible". Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia, op. cit., p. 35.

En esta necesidad de concretar para cada tipo el grado de probabilidad del acontecimiento lesivo se cifran los aspectos valorativos que antes se dijo están impregnando las concepciones objetivas del peligro. De aquí que muchos autores opten directamente por hablar de probabilidad para integrar el concepto de peligro, lo cual no entra en contradicción con mi posición, siempre que no se imposibilite de entrada hablar de peligro cuando la probabilidad de lesión sea muy pequeña, razón por la que ya

generar el peligro típico, si bien éste deberá derivarse de aquéllas.

Dicho esto, me interesa recordar que el epígrafe anterior lo concluí indicando que de tener claro que ha habido peligro típico no sería necesario efectuar ningún juicio acerca del mismo; pues bien, a diferencia de los delitos denominados de peligro concreto, como los que he citado con anterioridad, en aquellos otros que se vienen calificando de peligro abstracto esto es exactamente lo que ocurre en apariencia. El legislador habría entendido que el peligro que conlleva la mera realización de la conducta típica ya tiene la relevancia penal necesaria para integrar el tipo. Siendo ello así, el juzgador, no es que no efectúe un juicio acerca de la presencia o no de un resultado de peligro, sino que el mismo se hallaría en cierto modo implícito en la comprobación de la realización de la conducta típica.

Hasta aquí se podría pensar que no se está afirmando otra cosa que lo que sostienen quienes, en la búsqueda de compatibilizar esta categoría de delitos con el imprescindible respeto al principio de ofensividad, conceptúan los delitos de peligro abstracto en atención al peligro que la mera realización de la conducta típica en

---

dije prefería hablar de posibilidad al aludir al peligro de forma

tales casos lleva normalmente en sí.<sup>87</sup> Si bien, si lo relacionamos con lo dicho a lo largo de estas últimas

---

genérica.

<sup>87</sup> Así, la mera subsunción de una conducta concreta en un tipo conllevaría ya un juicio que debería llevar a no considerar como típicas aquellas conductas que de antemano nos permitieran excluir todo peligro. En relación con esta limitación de los delitos de peligro abstracto, aunque con notables diferencias a partir de este mínimo común, derivadas de hallarse unos más próximos que otros del entendimiento de tal peligrosidad como una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*, e incluso negando algunos tal presunción, cfr. BARBERO SANTOS, M.: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en ADPCP, 1973, pp. 492, 493 y 494; ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., pp. 72 a 74, 114 y 115; JESCHECK, H.-H.: Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. I., (trad. Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.), Barcelona, 1981, pp. 358 y 359; QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. y PRATS CANUT, J.M.: Manual de Derecho Penal. Parte General, Pamplona, 1999, p. 332; MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General, 5<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1998, pp. 209 y 210; y TORÍO LÓPEZ, A.: "Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en ADPCP, 1981, p. 838.

También Cerezo Mir se suma a este entendimiento, dado que el mismo "... permitiría excluir del tipo conductas cuya relevancia ético-social o cultural es escasa"; si bien lo hace sólo desde el punto de vista de *lege ferenda*, por entender que de *lege data* supondría la equiparación de las figuras de peligro abstracto y concreto. Vid. CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal español. Parte General, vol. II, 6<sup>a</sup> ed., op. cit., pp. 115 y 116.

Aparentemente distinto es el entendimiento de Rodríguez Mourullo, quien afirma la naturaleza de presunción *iuris et de iure* para el peligro que encierran estos delitos que él opta por denominar de peligro presunto; si bien la razón que le lleva a rechazar la denominación de peligro abstracto es la de entender que todo peligro debe ser concreto. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1978, pp. 279 y 280.

Realmente la posición de Rodríguez Mourullo no dista mucho de la de aquellos de entre los citados en esta misma nota que, pese a requerir la peligrosidad de la conducta se conforman para afirmarla con el hecho de que no quede claro desde el primer momento la imposibilidad del peligro, como es el caso de Jescheck y Mir Puig, y menos todavía de la de Cerezo Mir que hemos visto sólo se sumaba a tal posición de *lege ferenda*. Tal vez la única diferencia se encuentra en la mayor confianza que supone la tesis de Rodríguez Mourullo en el acierto que haya podido tener el

páginas, sería tanto como decir que el plano que normalmente sirve de partida para la secuencia de la causación, contiene ya el conjunto de circunstancias que de acuerdo con la experiencia integran el resultado de peligro típico. Lo cual, recordando que la razón de acudir a esta metáfora de los planos se encuentra en la constatación de la causalidad débil que rige en la naturaleza, nos conduce a que la lectura de la conducta como peligrosa por sí sola se vea necesitada de matización.

La afirmación de la peligrosidad de la conducta se podrá traducir por la referencia a que, a juicio del legislador, la realización de la misma aporta circunstancias suficientes para poder apreciar un resultado de peligro para el bien jurídico de que se trate, y de entidad suficiente como para ser amenazada su realización con la imposición de una sanción penal. Tal resultado de peligro se hallará en el mismo plano óntico en el que entendamos se encuentre ubicada la conducta típica, lo que, obviamente, hace desaparecer la problemática

---

legislador en el respeto al principio de ofensividad al tipificar esta clase de delitos; lo cual puede llevar a relajar las exigencias a la hora de comprobar la subsunción formal de una conducta concreta en estos tipos, posibilidad que veo como el principal handicap de este entendimiento frente a este otro con el que lo estoy comparando y que se encuentra muy próximo a la afirmación de la presunción *iuris et de iure* del peligro en estos delitos.

causal.<sup>88</sup> Si bien, aunque se acaba de decir que en estos casos no hay separación temporal entre conducta y resultado, la constatación de la causalidad imperante en la naturaleza como una causalidad débil, al conllevar la afirmación de la alta sensibilidad de las condiciones iniciales, nos impide identificar sin más conducta peligrosa con resultado de

---

<sup>88</sup> En estos supuestos, el momento del juicio de peligro, que se ha afirmado es un juicio *ex post* del resultado de peligro (si bien siempre *ex ante* de la eventual lesión), coincidirá con el momento de la acción. Momento de la acción que es desde el que, en los supuestos de resultado de peligro separado temporalmente de la misma, se efectúa el juicio de causalidad. A este respecto considero muy interesantes las observaciones de Maqueda Abreu referidas a que el momento de la acción desde el que efectuar el juicio de peligro no se debe limitar al inicio de la acción, sino que se debe valorar la posibilidad de fijarlo a lo largo del desarrollo de la misma, encontrando su límite en la conclusión de la fase ejecutiva, y no vulnerándose de este modo la perspectiva *ex ante* (referida a un hipotético resultado lesivo). Cfr. MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup>.L.: "La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992", en *AP*, núm. 27, 1994, p. 489.

Comenzando por aclarar que la citada autora no distingue en el sentido que yo he expuesto entre unos sucesivos juicios de causalidad y peligro, es destacable el paralelismo que existe entre la búsqueda del momento concreto del desarrollo de la acción desde el que se pueda afirmar la eventualidad del resultado lesivo al que finalmente apunte el tipo concreto en cuestión (por tanto *ex ante* del mismo), y la comprobación que páginas atrás señale debía efectuarse sobre los sucesivos planos en los que se considerara podía encontrarse el resultado de peligro, llevando a cabo el juicio de peligro desde cada uno de ellos hasta que alguno diera positivo o se tuviera constancia de que tal cosa ya no era posible. Así, desde la perspectiva que se ha adoptado, en el supuesto de un resultado de peligro separado temporalmente de la acción, y respecto del cual se tiene que comprobar en primer lugar la relación de causalidad, no presenta problemas la fijación del momento de la acción (siempre que se trate de un delito consumado), pues a la misma deberá subyacer una relación material de causación; en cambio, en los supuestos de peligro abstracto las observaciones de Maqueda Abreu resultan plenamente aplicables.

peligro para el bien jurídico; y nos lo impide porque aunque en la mayoría de los casos coincidirán (siempre que el legislador haya atendido correctamente a las exigencias del principio de ofensividad al describir la conducta, cosa nada fácil),<sup>89</sup> no puede desconocerse que las particularidades con las que se lleve a cabo el comportamiento típico, así como las que rodeen al mismo, podrán tener mucha influencia en la aparición o no del resultado de peligro. En definitiva, cabe entender que el juez despliega la actividad probatoria de cargo suficiente con la comprobación de que la conducta realizada encaje en la clase de conductas descrita en el correspondiente tipo;<sup>90</sup> pero ello nunca podrá impedir que se

---

<sup>89</sup> Nada fácil por lo de generalidad que implica el englobar en una clase todo un conjunto de acciones como portadoras de peligro, máxime con la extrema importancia que desde la nueva ciencia se otorga a los pequeños detalles. Esto mismo sirve también para los tipos de lesión o de peligro concreto, si bien en ellos al tener que constatar la relación ideal de causalidad como un elemento más del tipo, nos vemos más claramente obligados a atender a la particular realización de la acción.

<sup>90</sup> Aunque partamos de que el legislador ha debido respetar las exigencias del principio de ofensividad a la hora de regular la materia penal, teniendo en cuenta lo que se ha dicho respecto de la gran dificultad que ello implica cuando se trata de los denominados delitos de peligro abstracto, el juez deberá prestar especial atención a los aspectos valorativos a la hora de subsumir formalmente una conducta concreta en uno de estos tipos; lo cual es pedir mucho más que la mera comprobación de la imposibilidad de peligro. Así entendidos, los delitos de peligro abstracto no vulnerarían la presunción de inocencia constitucional, dado que ni siquiera cabría hablar de una presunción de peligro *iuris tantum*. De rebajar las exigencias que acabo de señalar entiendo que asistiría la razón a las críticas que, respecto de la vulneración de la presunción de inocencia por este tipo de presunciones se

deba atender a las particularidades concretas que alegue la defensa, pues las mismas podrán, sin duda, neutralizar en alguna medida la entidad del peligro que se desprenda de la genérica realización de la conducta típica (peligro típico), pudiendo llegar a hacerlo descender del umbral que se considere mínimo para integrar el tipo. Las circunstancias particulares alegadas por la defensa, para poder tener alguna virtualidad a los efectos aquí perseguidos, deberán pertenecer al mismo plano al que lo haga la realización de la conducta típica; bien por consistir en particularidades de la propia realización de dicha conducta, o bien por haber modificado el entorno en el mismo momento de su realización, o con anterioridad pero permaneciendo sus efectos en el tiempo.

Cuando se aleguen algunas de estas circunstancias, las mismas conjuntamente con la conducta conformarán el conjunto de elementos sobre el que se hará necesario efectuar el

---

vienen efectuando. Vid. KINDHÄUSER, U.: Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa, (trad. de López Díaz, C.), Bogotá, 1996, pp. 79 y 80; y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, op. cit., pp. 153, y 168 y ss.

El entendimiento que propongo es deudor en parte de la categoría de los delitos de peligro hipotético que propone Torío, al exigir para ellos no sólo la comprobación por el juez de la peligrosidad de la conducta, sino también de la posibilidad de un resultado peligroso, por entender que ambas son exigencias del tipo. Vid. TORÍO LÓPEZ, A.: "Los delitos de peligro hipotético. ...", op. cit., pp. 827, 838 y 846.

juicio de peligro; es decir, integrarán el posible resultado de peligro.<sup>91</sup>

No obstante hay que señalar que los resultados de tal juicio normalmente no negarán la existencia de un peligro típico, y ello por la sencilla razón de que la conducta típica a la que no se exige ningún efecto separable en el tiempo para considerar consumado el delito, debe encerrar en

---

<sup>91</sup> El hablar de resultado y en relación con los delitos de peligro abstracto no es novedoso; ya hace tiempo que Barbero Santos distingue entre delitos de peligro abstracto de mera actividad y de resultado. (Vid. BARBERO SANTOS, M.: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", op. cit., p. 490). No obstante para catalogar un delito de peligro abstracto como de resultado requiere que previamente se haya lesionado un bien jurídico que no constituya el objeto primordial de tutela del tipo en cuestión (*ibid*, p. 491), y donde por lo tanto ya contaremos con un efecto separable de la acción que nos hace más fácil el aceptar la idea de resultado. Ello siempre que no entendamos éste como mera afección de un bien jurídico, dado que entonces no se presenta problema en admitirlo para los delitos de mera actividad. (Vid. por todos LAURENZO COPELLO, P.: El resultado en Derecho Penal, Valencia, 1992, pp. 104 y ss.).

En cambio el entendimiento de resultado que propugno para los delitos de peligro abstracto (y que se podría trasladar con alguna matización a los denominados delitos de lesión de mera actividad), encuentran mucho mejor acomodo con las ideas de Martin y Wolter que nos comenta Lorenzo Copello. (*Ibid*. pp. 179 y 180). Consideran estos autores posible en estos delitos considerar la peligrosidad de la acción como un suceso que se puede distinguir lógicamente de la misma. Wolter califica a la peligrosidad de la acción como "resultado primario" (vid. WOLTER, J.: Objetive und personale Zurechnung von Vertetzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlín, 1981, pp. 296 y ss., citado por Lorenzo Copello en el lugar que se ha indicado más arriba), y Martin considera en atención a lo dicho que no cabe distinguir entre delitos de peligro concreto y abstracto en función de que los primeros requieran un resultado y los segundos no. Vid. MARTIN, J.: Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Friburgo, 1989, pp. 82 y ss., igualmente citado por Lorenzo Copello en el mismo lugar indicado.



sí misma la práctica totalidad de las circunstancias que con arreglo a la experiencia de la sociedad se anudan a la idea de peligro. En todo caso el juzgador debería pronunciarse acerca de la irrelevancia o no, de las circunstancias alegadas por la defensa como enervadoras del peligro, lo cual ya es mucho más que decir que no cabe prueba en contra.

Este mismo entendimiento de lo que significa hablar de resultado de peligro, como algo no separable temporalmente de la conducta pero a la vez no identificable con la misma, puede darse también en algunos de los delitos calificados de peligro concreto; piénsese en el delito de conducción temeraria al que se ha hecho referencia con anterioridad. En él el resultado de peligro normalmente vendrá integrado por la cercanía de personas al vehículo con el que se esté desarrollando la conducción temeraria mientras la misma se lleva a cabo, y por tanto coincidiendo en un mismo plano. Realmente aquí lo que ocurre es que la conducta típica se prolonga en el tiempo, bastando que en algún momento a lo largo de esa secuencia temporal se le adicionen el resto de elementos típicos requeridos para conformar el resultado de peligro.<sup>92</sup> En todo caso, tal y como se dijo, debido a que la

---

<sup>92</sup> Dado el entendimiento del concepto de resultado que estoy proponiendo, y visto que el mismo puede venir integrado bien por la propia conducta (en solitario o conjuntamente con otros

conducta típica en estos casos no es suficiente para cumplimentar el peligro típico se hace necesaria la prueba de cargo acerca de otras circunstancias que junto con la conducta llevan a poder afirmar la presencia del peligro. Y ésta creo que es la única diferencia relevante entre los denominados delitos de peligro abstracto y de peligro concreto; diferencia que no creo tenga la entidad suficiente como para seguir abordando el tema de los delitos de peligro en función de la distinción entre ambas pretendidas clases de peligro, máxime con el riesgo que la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto encierra en orden a ser entendidos como delitos formales.<sup>93</sup>

---

elementos), o bien por efectos derivados de la misma en interacción con el entorno, debiéndose en este último supuesto atender a la problemática causal, se puede entender que tal entendimiento tiene repercusiones también en sede de delitos de lesión. En ellos el problema causal no se presentará en los delitos de mera actividad, pero cabrá mantener que también son delitos con resultado material, si bien no separable temporalmente de la conducta típica.

<sup>93</sup> Después de todo lo dicho, y aunque antes señalé que el entendimiento que propugno para los delitos de peligro abstracto responde en parte a la idea de la categoría de los delitos de peligro hipotético propuesta por Torío (*vid. infra* en notas a pie dentro de este mismo epígrafe), no puedo ahora obviar el indicar que todavía más próxima se encuentra al entendimiento que de los mismos efectúa Escrivá Gregori, quien no considera apropiada la distinción entre delitos de peligro concreto y abstracto; entendiéndolo, tras denunciar cómo las construcciones dogmáticas referidas al peligro suelen prescindir del estudio del lenguaje como vehículo a través del cual la ley da a conocer su voluntad, que tan sólo tiene sentido hablar de delitos de peligro implícito y explícito, y que ambos deberían ser considerados al modo en el que se entienden normalmente los denominados delitos de peligro

## 5.2 - El dolo de peligro

Al haber desvelado la naturaleza cuasi material del peligro, la proyección del dolo sobre el mismo resulta en teoría totalmente plausible; por más que en la práctica las dificultades para su determinación sigan siendo las mismas.

Pues bien, de asumir la naturaleza que he predicado del peligro, se podrán distinguir dentro del dolo de peligro las mismas categorías que se predicán del dolo de lesión; así nos podremos encontrar con un dolo directo de peligro, un dolo de peligro de consecuencias necesarias, e incluso un dolo eventual de peligro.

Esta clasificación repetida para el dolo de lesión y para el de peligro no se puede entender de ningún modo como una sucesión lineal de la una respecto de la otra, donde, de menos a más, se comenzara por el dolo eventual de peligro para finalizar en el dolo directo de lesión. Así, para los supuestos en los que el peligro acabara en la práctica materializándose en lesión, podrá afirmarse que:

---

concreto. Vid. ESCRIVÁ GREGORI, J.M<sup>a</sup>.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, op. cit., pp. 72 y ss.

- Tratándose de un dolo eventual de peligro, la lesión normalmente deberá imputarse a título de culpa, y ello en la medida en la que resultará difícil encontrar elemento volitivo alguno referido a tal lesión dado que tal voluntad incluso nos la habríamos tenido que cuestionar respecto del resultado de peligro.
- Si el dolo de peligro hubiera sido un dolo directo, caso de encontrarse determinados los sujetos cuya puesta en peligro se perseguía, parece lo más acertado apreciar un dolo eventual respecto de la lesión; mientras que si estaban indeterminados, entiendo que habrá que profundizar en el caso concreto para optar entre la culpa consciente o el dolo eventual.
- Si el dolo de peligro lo era de consecuencias necesarias, que será el que con más frecuencia quepa apreciar, la anterior distinción entre si los sujetos puestos dolosamente en peligro estaban o no determinados, sin duda será relevante para afirmar o negar la aceptación de la eventual lesión, si bien no creo que se pueda afirmar a priori, sin profundizar en el caso concreto, la presencia

de una culpa consciente o de un dolo eventual respecto de la lesión.<sup>94</sup>

En todo caso con estas correlaciones, sólo pretendo intentar comprobar la "coherencia" del mantenimiento de las clásicas categorías del dolo aplicadas al peligro. Siendo plenamente consciente que si ya es complicado en la práctica distinguir un dolo de lesión como eventual o directo, mucho más lo es si lo referimos al peligro; aunque, por otra parte, caso de producirse la lesión, al operador jurídico, en su intento de averiguar si se aceptó o no el resultado lesivo, puede en algunos casos resultarle útil indagar sobre la posición del autor respecto del peligro de su comportamiento.

---

<sup>94</sup> Esta especial relevancia que he otorgado, tanto en este supuesto como en el anterior, a la determinación o indeterminación de las personas puestas en peligro, ha sido agudamente tratada por Doval Pais respecto de la relación entre dolo de peligro/dolo eventual de lesión dentro del marco de los delitos de fraude alimentario. Cfr. DOVAL PAIS, A.: Delitos de fraude alimentario..., op cit., pp. 327 y ss.

Interesa destacar cómo, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de fraude alimentario, en los de incendio resulta mucho más fácil encontrar supuestos en los que se pueda acotar el peligro a un número determinado de personas; piénsese por ejemplo en el incendio de una casa aislada en el campo.

## 6 - Causalidad y lenguaje

Tras todo lo dicho en este capítulo, y pese a las continuas salvedades y matizaciones que se han ido indicando, lo cierto es que se ha otorgado a la relación causal la condición de elemento típico en todo delito de resultado (entendidos aquí en contraposición a los denominados delitos de mera actividad), sea éste de lesión o de peligro. De esta forma, y teniendo en cuenta que, como se ha visto, el tratamiento de la problemática causal ha partido de la concepción que al respecto han venido manteniendo Cobo del Rosal y Vives Antón, se hace imprescindible dejar constancia que en la última edición del manual de parte general de estos autores, Vives Antón, pese a mantener la distinción comentada entre causación y causalidad, restringe muchísimo la virtualidad de la misma, pues expresamente nos dice que sólo será necesario comprobar una tal relación de causalidad en delitos como los de lesiones del artículo 147 NCP cuya configuración legal remita a relaciones asimilables a la de causalidad; mientras que en el resto de tipos, incluso si se habla de causa, el recurso a estas estructuras dogmáticas no sería necesario, bastando para interpretar los tipos y

---

efectuar la correspondiente subsunción de los hechos en los mismos con acudir:

"... a los procedimientos ordinarios de fijación del sentido de las acciones típicas, esto es, al lenguaje y al contexto social y axiológico en el que es, concretamente, usado".<sup>95</sup>

Pues bien, pese a mi insistencia a lo largo del presente trabajo en traer a colación argumentos relacionados con el mundo de las ciencias empíricas, primero poniendo en relación los bienes jurídicos con el pensamiento sistémico y ahora acudiendo a la física del caos para sugerir algunas ideas respecto de los resultados de peligro y de la problemática causal, no estoy defendiendo un sometimiento del mundo jurídico al mundo "científico". Tal y como expuse con anterioridad, el criterio de "la" mayoría, siempre que esté libremente formada debería imponerse siempre, no encontrando otro límite que el permitir que se puedan formar mayorías que opinen de forma distinta. Por ello lo que nos digan acerca del mundo las ciencias de la naturaleza nunca podrá representar una barrera infranqueable para las valoraciones jurídicas. Pero dicho esto no se puede dejar de constatar, como ya se indicó, que incluso nuestras democracias, las de nuestro entorno cultural, no están exentas de déficits todavía considerables, lo cual conlleva el cuestionarnos la libertad

de esa voluntad mayoritaria. En este punto es en el que entiendo tiene un importantísimo papel que jugar el atender a lo que nos diga el mundo de la ciencia, y ello porque puede ayudar considerablemente, dada la pretendida rigurosidad de su método, en el discurso racional que debe subyacer previamente a toda con-formación de voluntades y toma de decisiones.

A esto se suman dos ideas importantísimas, que a mi juicio hacen mucho más atractivo este necesario recurso a la "ciencia". La primera se refiere a que precisamente la "nueva" ciencia de la que me he servido, al renunciar a su carácter absoluto y estático, posibilita una aproximación entre el mundo de la naturaleza y el mundo de lo humano impensable en nuestro ámbito cultural con anterioridad.

Así, sin ser necesario que afirmemos con Popper que:

"... el determinismo es, sencillamente, un error: todos los argumentos tradicionalmente aducidos en su favor han quedado trasnochados; el indeterminismo y el libre albedrío han pasado a ser parte de las ciencias físicas y biológicas",<sup>96</sup>

sí que se está en condiciones de mantener que la nueva visión del mundo físico, claramente superadora del pensamiento reduccionista, permite atender a nuestro lenguaje y

---

<sup>95</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T.S. en Cobo/Vives: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., pp. 419 y 420.

<sup>96</sup> POPPER, K.: "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", op. cit., p. 38.



autoconciencia como propiedades emergentes;<sup>97</sup> es decir, como características que no se pueden encontrar en sistemas con niveles de complejidad inferior al sistema persona,<sup>98</sup> y que no pueden ser explicados desde la mera biología, química o física, pero que a la vez dependen de las "leyes" que rigen esos niveles de jerarquía inferior. Esto implica que en tales niveles previos debe existir la potencialidad de esas propiedades emergentes;<sup>99</sup> ello no parecería posible desde el anterior paradigma mecanicista, y en cambio es plenamente coherente con el nuevo resurgir del pensamiento sistémico. Tal potencialidad integraría el libre albedrío del mundo físico y biológico, al que hemos visto alude Popper.

La segunda se refiere a que precisamente este mismo enfoque sistémico que está adoptando la ciencia ha posibilitado que desde la biología algunos autores hayan llegado a un entendimiento del lenguaje humano que nos obliga

---

<sup>97</sup> Vid. POPPER, K., en Popper/Eccles: El yo y su cerebro, op. cit., pp. 30 y 31. Calificándolos de "nuevos fenómenos" MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit., p. 150.

<sup>98</sup> Cfr. no obstante: MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. pp. 182 y ss., en especial p. 187, don de se especifica la problemática que presenta el atribuir a los primates superiores un lenguaje y una conciencia similares a las humanas.

<sup>99</sup> Vid. POPPER, K., en Popper/Eccles: El yo y su cerebro, op. cit., p. 34.

a adoptar una actitud relativista respecto del problema causal dado el carácter constitutivo de nuestro mundo (del de cada uno) que le otorgan a la interrelación de cada individuo con el entorno, y específicamente a la comunicación mediante el lenguaje con las demás personas que formen parte de ese entorno.<sup>100</sup>

Así, los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, desde el estudio de la evolución de los sistemas vivos, y mediante la profundización en el análisis del funcionamiento celular y del desarrollo de los sistemas nerviosos que han ido apareciendo en algunos de los organismos metacelulares, han llegado a la conclusión de que los cambios de estado que experimentan y la forma de operar, tanto de los seres vivos unicelulares como de los

---

<sup>100</sup> Revelador de la importancia que estos autores otorgan al lenguaje es el dato de que, cuando antes se ha hablado del lenguaje y de la conciencia humana como propiedades emergentes, lo hacían precisamente en ese orden, considerando al lenguaje como previo a la autoconciencia. Cfr. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. pp. 178 y ss., en especial p. 199.

En este sentido se pronuncia también expresamente Popper. Vid. POPPER, K., en Popper/Eccles: El yo y su cerebro, op. cit., p. 34. Es más, en una obra posterior llega a decir:

"... enfoque crítico y verdad objetiva penetran en nuestro mundo con el lenguaje humano, el primer y más importante producto de la mente humana. El lenguaje posibilita la consideración crítica de nuestras teorías: posibilita contemplarlas a modo de objetos externos, como si perteneciesen a un mundo exterior que compartimos con los demás. (...) La invención del lenguaje humano pone a nuestro alcance la mayor de las virtudes. Creo que hará posible la paz". POPPER, K.: "Hacia una teoría evolutiva del conocimiento", en Un mundo de propensiones, 2ª ed., Madrid, 1996, pp. 90 y 91.

metacelulares -entre los que nos encontramos incluidos-, en relación con las perturbaciones que en su interacción con el medio que les rodea no pueden venir especificadas por dicho medio, sino que necesariamente responden a las potencialidades de la estructura interna de cada organismo.

En la base de esta conclusión se encuentra su concepto de *autopoiesis*, ésta sería la característica definitoria de los sistemas vivos; todo sistema vivo necesariamente viene definido por su organización *autopoiética*, organización que lleva a estos sistemas dinámicos a producirse continuamente a sí mismos mediante una red de interacciones entre sus componentes que va produciendo los propios componentes de los que está integrada dicha red de producción y que, levantando sus propios límites permiten atender a tal sistema como distinto del medio circundante.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Vid. MATURANA, H.: La realidad : ¿objetiva o construida?, vol. II. Fundamentos biológicos del conocimiento, op. cit, pp. 232 y 233. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. pp. 36, 40 y 41.

Hay que aclarar que con tal concepto de lo vivo no se está haciendo referencia a la reproducción, ni siquiera a la reproducción celular; según Maturana y Varela:

"... la reproducción no es constitutiva de lo vivo... la reproducción no puede ser parte de la organización del ser vivo porque para reproducir algo, primero es necesario que ese algo esté constituido como unidad y tenga una organización que lo defina. (...) ¡Basta pensar en la mula para darse cuenta de que esto debe ser así!". Ibid. pp. 49 y 50.

La reproducción de una unidad autopoiética añade complejidad a la dinámica estructural de tal unidad, pero no modifica las características esenciales de la misma. Vid. *ibid.* p. 50.

Lo peculiar de la organización de los seres vivos es que su único producto son ellos mismos:

"... no hay separación entre productor y producto. El ser y el hacer de una unidad autopoiética son inseparables, y esto constituye su modo específico de organización".<sup>102</sup>

Intentando enlazar lo antes posible con la cuestión que nos ocupa, habría ahora que señalar que esta noción de *autopoiesis* la mantienen Maturana y Varela con rotundidad para los organismos unicelulares, para las células, y en cambio, se muestran más prudentes para los organismos que denominan de segundo orden, los metacelulares (entre los que nos encontramos); para estos últimos se conforman con afirmar que dado el grado de acoplamiento estructural de las unidades *autopoiéticas* de primer orden (células) que los componen, se trata de sistemas vivos cuya organización posee *clausura operacional*.<sup>103</sup> Con esta expresión se nos quiere decir que: "... toda la fenomenología de los sistemas autopoiéticos está necesariamente subordinada a su autopoiesis".<sup>104</sup>

Esta *clausura operacional* no implica un aislamiento del entorno, sino una condición de posibilidad; lo cual a su vez

---

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 41.

<sup>103</sup> *Vid. ibid.* pp. 64 y ss., en especial p. 77.

<sup>104</sup> MATURANA, H.: La realidad : ¿objetiva o construida?, vol. II. Fundamentos biológicos del conocimiento, op. cit, pp. 233.

implica que cualquier cambio que experimente un ser vivo en su interacción con el entorno nunca puede ser especificado por dicho entorno, sino sólo desencadenado, pues la clausura operacional impide una reacción del organismo que no venga permitida por la estructura del mismo.<sup>105</sup>

Los sistemas nerviosos que han desarrollado los organismos metacelulares más evolucionados, incluido el nuestro:

“... no “captan información” del medio como a menudo se escucha, sino que al revés, trae un mundo a la mano al especificar qué configuraciones del medio son perturbaciones y qué cambios gatillan éstas en el organismo. La metáfora tan en boga del cerebro como ordenador no es sólo ambigua, sino francamente equivocada”.<sup>106</sup>

A su vez, los organismos metacelulares a veces cuando interaccionan recurrentemente entre sí dan lugar a unidades autopoieticas de tercer orden. La fenomenología propia de estos sistemas es la de los fenómenos sociales; tales fenómenos requieren de un acoplamiento estructural entre las unidades de segundo orden. Esta coordinación de conductas es

---

<sup>105</sup> Vid. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. p. 81.

Esta limitación que implica la estructura del organismo la pone también de manifiesto de forma expresa Popper. Vid. POPPER, K.: “Hacia una teoría evolutiva del conocimiento”, op. cit., p. 81.

<sup>106</sup> Ibid. p. 145.

Con la expresión “gatillar” hacen referencia, según ellos mismos aclaran, a que: “... los cambios que resultan de la interacción entre ser vivo y medio son desencadenados por el agente perturbante y determinados por la estructura de lo perturbado”, aclarándonos a continuación que: “Lo propio vale para

la que Maturana y Varela entienden en sentido amplio por comunicación. Por tanto la comunicación, siendo la fenomenología propia de los sistemas *autopoiéticos* de tercer orden, no puede trascender la *clausura operacional* de cada uno de los organismos de segundo orden, de cada uno de los individuos que formen el grupo social.<sup>107</sup> Esto les conduce a afirmar que la comunicación no depende de lo que se entrega, sino de lo que pasa con el que recibe y que, por tanto, siempre hay ambigüedad en una interacción comunicativa.<sup>108</sup>

Pues bien, nuestro lenguaje no es sino una forma muy sofisticada de comunicación, que en tanto que tal también se encuentra sometida a *clausura operacional*. Lo cual conduce directamente a negar que nuestro conocimiento del mundo derive de un acceso inmediato a la realidad; es decir, nuestro conocimiento no tiene acceso a una representación de la realidad objetiva del mundo; si bien ello no implica caer en el solipsismo (en la absoluta soledad cognoscitiva), cosa que el propio mantenimiento de la *autopoiesis* (de la vida) pone claramente de manifiesto, y ello en la medida en la que el acoplamiento estructural de los diversos sistemas vivos a

---

el medio, el ser vivo es una fuente de perturbaciones y no de instrucciones". *Ibid.* p. 81.

<sup>107</sup> *Vid. ibid.* pp. 154 y ss., en especial pp. 154, 165, 166 y 167.

<sup>108</sup> *Vid. ibid.* p. 169.

la realidad del medio en el que se encontraran es el que ha ido permitiendo su supervivencia.<sup>109</sup> Es decir, aunque no tenemos un acceso directo al mundo que nos rodea, la evolución ha hecho que los sistemas que han ido sobreviviendo hayan sido aquellos que han ido acoplándose a la realidad del mundo objetivo, lo cual nos da, a nosotros que como personas parece que estamos en estos momentos en la cumbre de la cadena evolutiva, la sensación de un acceso directo al mundo exterior que nos permite percibirlo tal y como es.<sup>110</sup>

En todo caso el acoplamiento estructural individuo/medio implica que el mundo que "se trae a la mano" mediante la selección de algunas de las configuraciones de la realidad como perturbaciones, es una "visión" del mundo que permite mantener la *autopoiesis* del individuo. Si ahora recordamos

---

<sup>109</sup> Cfr. *ibid.* pp. 65 y 81.

<sup>110</sup> La posibilidad de este acoplamiento al mundo exterior sin tener acceso directo al mismo se comprende mucho mejor cuando se profundiza en el entendimiento de la evolución que defienden Maturana y Valera, los cuales, "... lejos de la visión popularizada de la evolución como un proceso en el que hay un mundo ambiental al que los seres vivos se adaptan progresivamente, optimizando su explotación", la ven como un proceso en el que "... sólo hay conservación de la adaptación y autopoiesis, en un proceso en que organismo y ambiente permanecen en un continuo acoplamiento estructural". *Ibid.* p. 99. Esta visión de la evolución que denominan "deriva natural" se encuentra más desarrollada en: MATURANA, H.: La realidad : ¿objetiva o construida?, vol. I. Fundamentos biológicos de la realidad, op. cit., pp. 105 y ss., (páginas realizadas en colaboración con Mpodozis Marín, J.).

que nuestro lenguaje es el principal instrumento que permite el acoplamiento estructural entre cada uno de nosotros como individuos y el resto de las personas de nuestro entorno como parte integrante del medio, tendremos que convenir que dicho lenguaje, en la medida en la que nuestras sociedades se han ido manteniendo y desarrollando, aunque se le haya negado la capacidad para describir una realidad objetiva, sí que consigue describir cierta realidad, sólo que se trata de una "realidad compartida" con el resto de personas, y más compartida cuanto más coincidente sea el ámbito cultural de las mismas, dado que el nivel de acoplamiento lingüístico (de interacciones recíprocas en el dominio lingüístico) habrá sido mayor.<sup>111</sup>

"Todo lo que como humanos tenemos en común es una tradición biológica que comenzó con el origen de la vida y se prolonga hasta hoy, en las variadas historias de los seres humanos de este planeta. De nuestra herencia biológica común surge que tengamos los fundamentos de un mundo común y no nos extrañemos de que para todos los humanos el cielo sea azul y el sol salga cada mañana. De nuestras herencias lingüísticas diferentes surgen todas las diferencias de mundos culturales que como hombres podemos vivir, y que, dentro de los límites biológicos, pueden ser tan diversas como se quiera".<sup>112</sup>

Así las cosas, desde la propia ciencia, en este caso desde la biología, se nos está diciendo que el lenguaje no puede

---

<sup>111</sup> Cfr. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. pp. 165 y ss., y 204 y ss.

<sup>112</sup> *Ibid.* p. 206.



ser utilizado para aprehender el mundo externo,<sup>113</sup> y a la vez, que la visión del mundo externo que cada uno de nosotros tenemos se aproxima más al de otras personas cuanto mayor haya sido el numero de intercambios lingüísticos que hayamos compartido con ellas. Tal mundo externo lo describimos no sólo compuesto de objetos, sino también de relaciones entre ellos, por lo tanto todo lo dicho resulta útil para el análisis del problema causal.

Así, aunque con anterioridad he mantenido la necesidad de seguir atendiendo en buena parte de los tipos penales al nexo causal, en unos momentos en los que tal idea se encuentra en franco retroceso, lo he hecho asumiendo esta perspectiva relativista que, en última instancia, y por lo que se acaba de decir, viene a coincidir con el criterio de la necesidad de atender al uso ordinario del lenguaje (al uso del lenguaje en un contexto cultural concreto) para resolver los problemas de adecuación típica, y por tanto de la adecuación causal.

No obstante, mi posición implica un matiz importante, como creo que es el de señalar que la "ciencia" forma parte de nuestra cultura, y evoluciona con ella.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Vid. *ibid.* p. 201.

<sup>114</sup>

Por ello, tan perturbador entiendo que resulta el mantener en nuestros días a efectos de adecuación típica la problemática causal entendida al modo mecanicista, como dejar de atender a ella desde la perspectiva sistémica.

Así, sin renegar de la ciencia (de la que responde al nuevo paradigma), se puede mantener con Vives Antón el rechazo a una construcción estratificada donde la causalidad sea un paso previo a la imputación objetiva, y ello precisamente porque la idea de causa tiene "un sentido imputacional que coincide aproximadamente con el que recaba para sí la idea de imputación objetiva".<sup>115</sup>

No desconozco que afirmar desde la ciencia el sentido imputacional de la idea de causa, es tanto como afirmar una epistemología común al mundo de la naturaleza y al mundo jurídico; pero se debe recordar que a esto justamente es a lo

---

"... no resulta en absoluto trivial la exigencia de fundamentar una teoría penal de imputación sobre elementos empíricos. Siempre que ... se afirme que una teoría penal de la imputación no se basa en el derecho natural o en la metafísica sino en una construcción social, necesariamente deberán pertenecer a la misma, como partes fundamentales, elementos de carácter empírico. A partir de aquí, lo que se entienda por imputación no es ya el resultado de imitar una realidad irreal y modélica o de la deducción que resulta de estructuras lógico-objetivas de carácter supranormativo. La imputación ya no es entonces, siempre y por encima de todo "correcta" sino ajustada a procesos culturales y jurídicoculturales, es decir, a sucesos empíricos".

HASSEMER, W.: Persona, mundo y responsabilidad, (trad. de Muñoz Conde y Díaz Pita), Valencia, 1999, p. 162.

<sup>115</sup> VIVES ANTÓN, T.S., en Cobo/Vives: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., op. cit., p. 419.

conducen todas las ideas que se han venido exponiendo en torno al nuevo paradigma sistémico, dentro del cual tienen perfecta cabida desde la física del caos, hasta la ontología constructivista de Maturana y Varela, pasando por la teoría de las propensiones de Popper.

Así, desde una concepción mecanicista de la ciencia entiendo sumamente acertadas las críticas que Vives Antón efectúa a las pretensiones tradicionales de considerar la idea de causa como un género unitario,<sup>116</sup> y que ilustra comparando la "causalidad" que se esconde detrás de la cooperación necesaria o de la estafa con la del homicidio:

"... en el caso de la estafa o en el de la cooperación necesaria, la cuestión versa acerca de cómo habría actuado una persona si se suprime "in mente" la actuación de otra, cosa muy distinta, y que apela a capacidades epistemológicas muy diferentes, de la que se plantea en un homicidio por apuñalamiento, donde lo que se trata de determinar es si el sujeto habría muerto así de no habersele clavado el puñal".<sup>117</sup>

Pero, desde el nuevo paradigma de la ciencia del que he venido hablando, se puede defender un concepto unitario de causa. Lo que desde la perspectiva anterior era criticable, desde esta nueva perspectiva entiendo que no lo es. La nueva

---

<sup>116</sup> Cfr. *Ibidem.*, del mismo: "Principios penales y dogmática penal", en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), editado por la Escuela Judicial del CGPJ, Madrid, 1997, p. 41

<sup>117</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: Fundamentos del sistema penal, op. cit., p. 304.

ciencia se ha teñido de incertidumbre, o de indeterminismo, como queramos convenir, pero en todo caso y aunque con distintas intensidades, del mismo tipo de incertidumbre o de indeterminismo que las humanidades.

Así se ha podido defender la conveniencia de atender a la relación causal tanto en los delitos con resultado de lesión como de peligro; y así se comprende que la base nomológica con la que he defendido debemos operar en busca de la previsibilidad de la aparición del conjunto de circunstancias que integren el correspondiente resultado de peligro, deba atender cuando proceda a los efectos que las intervenciones de terceras personas en el desarrollo del curso causal puedan representar. Y procederá cuando atendiendo a la situación concreta se llegue a la convicción de la intervención de tales personas. Esto sucederá con frecuencia en el caso de los delitos de incendio.

Si un detenido, que se encuentra encerrado en un calabozo junto con otra persona, prende fuego a su colchoneta, siendo que delante de la reja del citado calabozo se encuentra un vigilante y que el mismo tiene un extintor (adecuado) a su alcance...

Los hechos se habrán desarrollado de una concreta forma, el relacionarlos, que, por todo lo dicho, se puede entender que ya implica un cierto carácter imputacional, responderá a

la relación de causación. Pues bien, aunque la misma nos conduzca a apreciar la presencia de un peligro derivado del fuego para el otro ocupante del calabozo, no habiendo intervenido el vigilante en modo alguno entiendo que cabría establecer la relación de causalidad entre el prendimiento del fuego a la colchoneta y el resultado de peligro indicado. Y esto al margen de la calificación como incendio de tal fuego, cuestión que todavía queda por concretar.

#### **A modo de cierre de los dos capítulos previos**

Con anterioridad se criticó el funcionalismo de Jakobs; pues bien, considero necesario resaltar que el citado autor alemán toma como uno de los soportes para sus construcciones el pensamiento de Luhmann,<sup>118</sup> el cual, basándose en la potencialidad expansiva del concepto de *autopoiesis* de

---

<sup>118</sup> Vid. al respecto las referencias que se van efectuando a la obra de Luhmann al hablar de la teoría de la prevención general positiva en: JAKOBS, G.: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ªed., (traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L.), Madrid, 1997, pp. 9 y ss., en notas a pie de página. Asimismo vid. JAKOBS, G.: Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, op. cit., pp. 15 y ss., donde las alusiones a Luhmann son constantes.

Maturana,<sup>119</sup> llega a una visión de la sociedad en la que las personas no son los componentes de la misma, sino que lo son las propias comunicaciones, pasando las personas a formar parte del entorno del sistema sociedad.<sup>120</sup>

Tal consideración de la sociedad como un sistema autopoietico similar a las células tiene importante implicaciones; así, la sociedad sería autónoma además de en el plano estructural en el plano del control de la organización de sus propias estructuras.<sup>121</sup> Lo cual es muy distinto de la consideración que tanto Maturana como Varela tienen de la sociedad como sistema autopoietico de tercer

---

<sup>119</sup> De "material explosivo" califica expresamente Luhmann el principio teórico de la autopoiesis. LUHMANN, N.: Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general, México, 1991, p. 480. La cita está tomada de: TORRES NAFARRETE, J.: "Introducción", en MATURANA, H.: La realidad : ¿objetiva o construida?, vol. I. Fundamentos biológicos de la realidad, op. cit., p. XI.

La influencia del pensamiento de Maturana y Varela en la obra de Luhmann la pone también de manifiesto GIMÉNEZ ALCOVER, P.: El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Barcelona, 1993, pp. 24 y 25. En estas páginas nos señala como el propio Luhmann considera que la introducción de los elementos teóricos de la teoría de la autopoiesis ocasionan un cambio de paradigma en su propia teoría de la sociedad. No obstante tan tajante afirmación es cuestionada por la autora citada, quien siguiendo a Danilo Zolo, considera que aunque la introducción de la autopoiesis obliga a que Luhmann se replantee algunos de los principales conceptos y elementos de su teoría, no pasa de ser un refuerzo teórico para los planteamientos previos de Luhmann.

<sup>120</sup> Vid. LUHMAN, N.: Sociedad y sistema: la ambición de una teoría. Capítulo I: Sistema y función, (traducción de López Petit, S. y Schmitz, D.), Barcelona, 1990, p. 103.

<sup>121</sup> Vid. TORRES NAFARRETE, J.: "Introducción", op. cit., p. XXVI.

orden. Así, a lo más que llega Varela es a afirmar que el sistema social posee "clausura organizativa",<sup>122</sup> al modo que se dijo respecto de los sistemas *autopoiéticos* de segundo orden (como las personas); por su parte Maturana incluso se muestra más escéptico, considerando que los sistemas sociales tan sólo son el medio en el que los humanos realizan su autopoiesis biológica sirviéndose del lenguaje.<sup>123</sup>

En todo caso tanto Maturana como Varela consideran que:

"... mientras que para el operar de un organismo lo central es el organismo y de ello resulta la restricción de las propiedades de sus componentes al constituirlo, para el operar de un sistema social humano lo central es el dominio lingüístico que generan sus componentes y la ampliación de las propiedades de éstos, condición necesaria para la realización del lenguaje... El organismo restringe la creatividad individual de las unidades que lo integran, pues éstas existen para éste; el sistema social humano amplía la creatividad individual de sus componentes, pues éste existe para éstos".<sup>124</sup>

Desde estas consideraciones el que Luhmann sitúe a las personas en el entorno del sistema social no se debe ver necesariamente como algo que minusvalore al individuo, pues de considerarlos elementos del mismo les estaría

---

<sup>122</sup> Vid. CAPRA, F.: La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, op. cit., p. 223. Esta calificación de la clausura como organizativa se corresponde con la "clausura operacional" de la que se habló para calificar a los sistemas autopoiéticos metacelulares.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. p. 173.

restringiendo enormemente su autonomía. Pues bien, aunque la intención de Luhmann al colocar a las personas fuera de la sociedad no sea precisamente la de deshumanizarla,<sup>125</sup> la complejidad de sus presupuestos y argumentos hacen muy difícil evitar entenderlo así, antes al contrario, desde tales planteamientos se facilita llegar a posiciones donde se considere que la sociedad debe primar frente al individuo. Y esto parece que es lo que ocurre en la construcción de Jakobs, por más que nos diga expresamente que la persona debe ser el contenido principal en la empresa del Derecho penal;<sup>126</sup> siendo que por otro lado, en tanto que el Derecho es en la teoría de Luhmann un subsistema del sistema social, la persona nunca podrá ser a la vez el contenido y el entorno del sistema. La opción que nos propone el propio Jakobs, cifrada en confiar que el sujeto libre aparezca como objeto central de la comunicación en la sociedad,<sup>127</sup> obligaría a trabajar por ello; no parece que las construcciones de Jakobs

---

<sup>125</sup> En este sentido se pronuncia IZUZQUIZA, I.: "Introducción", en: LUHMAN, N.: Sociedad y sistema:..., op. cit., pp. 27 y 28.

<sup>126</sup> Vid. *supra* epígrafe III.2.2.2.

<sup>127</sup> Vid. JAKOBS, G.: Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, op. cit., pp. 29 y 30.



lo hagan, y menos cuando se niega toda relevancia al libre albedrío.<sup>128</sup>

Este peligro que acabo de denunciar conlleva la tesis de Luhmann, y que parece bastante plausible a tenor de lo visto, parece que se puede salvar sin tener por ello que renunciar al pensamiento sistémico, ni a la noción de *autopoiesis*; así el propio Maturana nos dice expresamente que:

"Todo lo que Luhmann parece querer explicar con su teoría de los sistemas sociales separando lo humano y dejándolo como parte del entorno, y mucho más que él no puede explicar, como el origen del lenguaje, como el origen de lo humano, se puede explicar sin ese argumento".<sup>129</sup>

Y es que aunque la autoconciencia humana parece haber necesitado del lenguaje para su aparición, y éste a su vez de las relaciones sociales, una vez generada la conciencia de uno mismo, la persona puede seguir sirviéndose del lenguaje aunque viva totalmente aislada de otros seres humanos; y ello gracias a la *recursividad* propia del lenguaje.<sup>130</sup>

El lenguaje adquiere una importancia extrema. Así, el lenguaje, además de haber necesitado de las relaciones

---

<sup>128</sup> Cfr. JAKOBS, G.: Derecho Penal. Parte General, op. cit., pp. 584 a 586.

<sup>129</sup> Fragmento procedente de un manuscrito no publicado, pero incorporado a: TORRES NAFARRETE, J.: "Introducción", op. cit., pp. XXVI y XXVII.

<sup>130</sup> Vid. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. pp. 181, 199 y 201.

sociales para aparecer, implica que las estructuras internas de los componentes de esos sistemas sociales (las personas) tengan un alto grado de plasticidad, pues de ello depende la supervivencia del sistema social.<sup>131</sup> Cuestión ésta que enlaza directamente con las reticencias antes señaladas de Maturana y Varela en orden a considerar la sociedad como un sistema autopoietico al estilo de las células o de los organismos metacelulares, pues la necesidad del lenguaje, con la plasticidad inherente al mismo, conduce directamente a afirmar que mientras que los organismos dependen de la estabilidad de sus componentes, los sistemas sociales dependen justo de lo contrario: de afirmar la autonomía de los suyos.<sup>132</sup> Por tanto, desde este entendimiento puede

---

<sup>131</sup> Con el término plasticidad se está aludiendo a la capacidad de modificación de la estructura interna del organismo sin perder su identidad como tal; esto, al nivel que estamos hablando se traduce en cambios en las conexiones neuronales entre axones y dendritas. *Ibid.* pp. 120 y ss., y 173.

<sup>132</sup> Es posible establecer una gradación entre organismos y sistemas sociales humanos, la cual nos ilustra acerca de la naturaleza biológica propia de los auténticos sistemas sociales humanos. Así, entre unos y otros, además de sistemas sociales formados por otros animales (colonias de hormigas,...), se encuentran:

"... aquellas comunidades humanas que por incorporar mecanismos coercitivos de estabilización en todas las dimensiones conductuales de sus miembros constituyen sistemas sociales humanos desvirtuados, que han perdido sus características de tales y han despersonalizado a sus componentes, desplazándose hacia la forma de organismo, como lo fue el caso de Esparta. Organismos y sistemas sociales humanos no pueden, pues, equipararse sin distorsionar o sin negar las características propias de sus respectivos componentes. Cualquier análisis de la fenomenología social humana que no tome en cuenta las consideraciones señaladas

afirmarse que la persona es el centro de la sociedad, y a la vez ver a ésta como un sistema en cierto modo *autopoiético*.<sup>133</sup>

Comenzando por esto último, el ver a la sociedad como un sistema en cierto modo *autopoiético* nos alerta ante la evolución que la misma pueda tomar si hacemos dejación de nuestra autonomía como personas. Esto es lo positivo que se puede extraer de los planteamientos de Luhmann, y esto es justamente lo que nos viene a decir Donella Meadows, autora del informe de 1992 del Club de Roma acerca del modelo del Mundo:

"Experimentamos una aprensión profunda cuando nos damos cuenta de que el sistema implica su propia conducta. Es decir, las estructuras generan patrones de conducta, formas de decidir que son independientes del lugar que ocupa el decisor. Las estructuras influyen en las conductas individuales. ¿Quiere esto decir que el

---

será defectuosos porque negará los fundamentos biológicos de esta fenomenología". *Ibid.* pp. 173 y 174.

<sup>133</sup> Estoy convencido que esta afirmación sería compartida por De la Cuesta Aguado; a tal convicción llego tras la lectura de su artículo: "Un Derecho penal en la frontera del caos". En el mismo nos propone servirnos de la idea de equilibrio (inestable), que se esconde detrás de la complejidad y de la interacción entre la multitud de factores que integran nuestra sociedad, para utilizar un Derecho penal mínimo que pueda conducirnos al mayor grado de satisfacción de las personas que integran dicha sociedad. Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.: "Un Derecho penal en la frontera del caos", en Revista de Estudios Jurídicos y Económicos de la Fundación Municipal Universitaria de Algeciras, núm. 1, Junio 1997.

No obstante entiendo que a todo ello llega todavía desde una perspectiva estructuralista, sin haber asumido plenamente el pensamiento sistémico, que subyace detrás del concepto de *autopoiesis* que se ha venido manejando, y cuyo distinto entendimiento hemos visto enfrenta las posiciones de Maturana y Varela por un lado y de Luhmann por otro.

individuo pierde su iniciativa personal? No, el individuo tiene poder para alterar la estructura sistémica. Pero o no somos conscientes de ello, o siendo conscientes no sabemos cómo".<sup>134</sup>

En cuanto a la afirmación de la persona como centro del sistema social, y recordando lo dicho respecto de la teoría del conocimiento que esta ontología de los sistemas autopoiéticos conlleva al impedir que nadie se arrogue para sí la posesión de la verdad (por no existir la certidumbre absoluta), obliga a escuchar con más atención lo que el otro tenga que decirnos; y aquí enlazamos con lo visto en sede de bienes jurídicos cuando se daba la mayor de las relevancias al criterio de la mayoría.

Mayoría que si, por ser conscientes de la naturaleza de nuestro conocimiento, se ha formado tras escuchar seriamente lo que los otros hayan argumentado, seguramente hará avanzar a nuestra sociedad por la senda de una democracia más auténtica.<sup>135</sup>

Y ello porque este escuchar al otro seriamente desde la perspectiva indicada es un pilar fundamental para que se dé el fenómeno de la empatía, la cual es definida por Stein como la: "experiencia de sujetos distintos de nosotros y de sus

---

<sup>134</sup> Texto extraído de: FERRER FIGUERAS, L.: Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, op. cit., p. 240.

<sup>135</sup> Cfr. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. p. 208.

vivencias",<sup>136</sup> y de la que Alejandro Llano nos dice que consiste en: "la experiencia de una conciencia ajena".<sup>137</sup>

Esta forma de relacionarnos con los otros poniéndonos en su situación encaja perfectamente con todo lo dicho acerca del lenguaje y de la naturaleza de nuestro conocimiento. Si se recuerda se destacó de la persona, en tanto que sistema *autopoiético* de segundo orden, su "clausura operacional"; pese a lo cual inmediatamente se dijo que ello no implicaba caer en el todo vale, en la soledad cognoscitiva, pues nos formamos como personas a través de las relaciones comunicativas con los demás, y de forma fundamental a través de interacciones lingüísticas, que hacen que nuestra visión de la realidad del mundo se parezca más a la realidad de aquellas personas con las que hayamos compartido mayor número de interacciones. Pero en ningún caso el lenguaje transmitirá una información objetiva, la información dependerá de cómo se ve afectada la estructura interna del receptor; si bien en la medida en la que quien nos hable comparta con nosotros más interacciones previas, más fácil será que lo que entendamos se aproxime a lo que se nos quiera decir. Si somos

---

<sup>136</sup> STEIN, E.: L'empatia, (traducción e introducción de Nicoletti, M.), Milán, 1986, p.51, citado por LLANO CIFUENTES, A.: La nueva sensibilidad, 2ª ed., Madrid, 1989, p. 228.

<sup>137</sup> LLANO CIFUENTES, A.: La nueva sensibilidad, op. cit., p. 229.

conscientes de esto nos daremos cuenta de que si queremos entendernos con quien mantiene (aparentemente o no) posiciones distintas a las nuestras lo primero que deberemos hacer es un esfuerzo por aproximarnos a lo que nos quiera decir, y para ello será necesario indagar en el otro como persona, como igual a nosotros y como distinto a nosotros simultáneamente. El entendernos, que no implica asumir las ideas del otro, será más difícil cuanto más distinto sea el ámbito cultural de los interlocutores, pero en todo caso es más factible el llegar a conseguirlo si somos conscientes del carácter constitutivo de la realidad de cada uno que tiene el lenguaje, dado que ello nos permitirá intentar ponernos en la posición del otro para acercarnos más al significado que para esa persona tenga lo que nos esté diciendo; y esto, que no es algo distinto de intentar vivir la experiencia de una conciencia ajena, implica tratar al otro (que es distinto a nosotros) como un igual.<sup>138</sup>

De esta forma se abre una poderosa vía para romper con la incomunicabilidad de las conciencias que mantiene Luhmann y que, sin duda con el mejor de los propósitos, le lleva a

---

<sup>138</sup> Cfr. MATURANA, H. y VARELA F.: El árbol del conocimiento, op. cit. p. 209.

hablar de una sociedad cuyos elementos son las comunicaciones y no las personas.<sup>139</sup>

De esta forma también se llega a fundamentar racionalmente ese deseo que se expuso con anterioridad referido a que si una mayoría es auténtica por estar libremente formada profundizará en el respeto y desarrollo de los "derechos humanos".

Y de esta forma, por último, y aunque menos importante más relacionado con el propósito inicial del tratamiento de estas cuestiones, la interpretación de los tipos penales, incluso aunque debamos atender a relaciones de causalidad, deberá tender a buscar el significado de los términos que más se ajuste a la realidad social concreta de la aplicación de los mismos, pues de ella derivará que se hallan utilizado unos u otros términos y la relación entre los mismos. Realidad, que

---

139

"No es el hombre quien puede comunicarse, sólo la comunicación puede comunicar. La comunicación constituye una realidad emergente *sui generis*. De la misma manera como los sistemas de comunicación (como también por otra parte los cerebros, las células, etcétera), los sistemas de conciencia también son sistemas operacionalmente cerrados. No pueden tener contacto unos con otros. No existe comunicación de conciencia a conciencia, ni entre el individuo y la sociedad. (...) Solamente una conciencia puede pensar (pero no puede pensar con pensamientos propios dentro de otra conciencia) y solamente la sociedad puede comunicar. Y en los dos casos se trata de operaciones propias de un sistema operacionalmente cerrado, determinado por la estructura". LUHMANN, N. y GIORGI, R. de: Teoría de la sociedad, Guadalajara, México, 1993, p. 52, texto extraído de: TORRES NAFARRETE, J.: "Introducción", op. cit., pp. XXV y XXVI. El contenido de los paréntesis pertenece al texto transcrito.

## ***Capítulo V***





## **CAPÍTULO V**

### **EL CONCEPTO PENAL DE INCENDIO**

#### **1 - Preámbulo**

Se han concluido las páginas anteriores indicando la necesidad de interpretar los tipos penales desde el contexto social concreto en el que deban ser aplicados. Sin duda la realidad social de nuestros días no es la de siglos pasados.

Ante los desmanes que el fuego solía producir todavía en los pueblos y ciudades de la España de la primera mitad del siglo XIX,<sup>1</sup> es comprensible que se considerase inherente a prácticamente todo fuego un gran peligro, lo que por un lado hacía innecesario calificar expresamente como peligrosos a

---

<sup>1</sup> Buena prueba de ello es lo que se dijo en su momento respecto de los comentarios que en las discusiones de Cortes se vertieron en orden a relacionar los delitos de incendio con la que sería agravante segunda del artículo 106 del CP de 1822, referida a: "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos". Vid. *supra* epígrafe I.3.6.

Puede verse también todo lo que se dijo en el epígrafe I.3.1 en relación con los informes que distintas instituciones enviaron a las Cortes para contribuir a la elaboración del CP de 1822, y de los que claramente se desprendía el gran miedo que se tenía en la sociedad española de aquella época a los desmanes que el fuego podía ocasionar.

los incendios, a la vez que por otro llevaba a distinguir fundamentalmente según los mismos afectaran o no a poblado, no importando tanto si lo fue en edificio habitado o deshabitado.<sup>2</sup>

Asimismo tal evidencia permitía incardinar los delitos de incendio en sede de delitos contra la propiedad, sin que ello conllevara en modo alguno la menor duda acerca de la naturaleza de peligro que tales delitos incorporaban, como así lo prueban todas las referencias que al respecto se vertieron en el Capítulo dedicado a la evolución histórica de estos delitos.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Vid. *supra* epígrafe I.1.4, donde ya se apuntó cómo la regulación de los incendios que efectuaba el Fuero Juzgo, distinguiendo por un lado entre el incendio de casas en poblado, y por otro el incendio de casas fuera de poblado y de montes, constituía un precedente de la necesidad de distinguir los delitos de incendio en atención al distinto peligro que representaran para las propiedades o para las personas.

Distinción que queda mucho más clara en el CP de 1822, donde su artículo 787 equiparaba el incendio de edificios en poblado (habitados o no) con el incendio de cualquier lugar habitado, sea éste una casa, una choza o una barca, y por tanto con independencia del lugar donde se encuentre ubicado. Y donde (directamente en el artículo 787 y a *sensu contrario* en el 788) se consideraba incendio en poblado también aquél en el que el fuego se comunicaba a cualquier objeto desde el cual se pudiera propagar al poblado. Vid. *supra* epígrafes I.3.3 y I.3.4.

<sup>3</sup> Vid. *supra* epígrafes I.3.4, I.5.3, I.5.5 y III.1.2.

Incluso en el Código penal de 1928 los incendios se encontraron hasta el último momento de la elaboración del mismo en sede de delitos contra la propiedad. Vid. *supra* epígrafe I.7.3.

No obstante, conforme avanza el siglo XIX la revolución industrial empieza a dejar sentir sus efectos también en España; en lo que ahora nos interesa, supuso el tránsito a la utilización generalizada de materiales más sólidos para la construcción de los edificios de nuestros pueblos y ciudades, así como a la progresiva instauración de medidas de seguridad cada vez más efectivas frente a los peligros que el fuego siempre ha representado.

Claramente ilustrativas al respecto son las discusiones que se transcribieron en el Capítulo primero de este trabajo referidas a la pertinencia o no de que el texto del Código penal de 1848 distinguiera dentro de los incendios en poblado según lo fueran en casa habitada o no; adoptándose la decisión de la distinción entre ambos tipos de incendio tras argumentarse que se estaba en un país civilizado donde las casas de los pueblos y ciudades ya no eran de madera, así como que precisamente en poblado los incendios podían controlarse mejor que en despoblado por los socorros que en el primer caso se podían allegar habida cuenta del estado de la civilización en el que se encontraban.<sup>4</sup>

Dicho esto, si recordamos que la regulación de los delitos de incendio vigente en nuestro país hasta 1995 era

---

<sup>4</sup> Vid. *supra* epígrafe I.5.4.

directamente deudora de la de la del Código penal de 1848, podremos empezar a comprender mínimamente cómo la regulación que de estos delitos se adoptó en aquellas fechas ha podido llegar sin grandes variaciones hasta casi nuestros días.<sup>5</sup>

No obstante, se trataba sólo del comienzo de una nueva época,<sup>6</sup> los cambios producidos en el sustrato material y técnico de nuestra sociedad en el último siglo y medio han sido abrumadores, debe existir por tanto alguna razón más que haya posibilitado la estabilidad de la regulación de los delitos que nos ocupan pese a tan espectaculares cambios.

La clave se encuentra sin duda en la plasticidad interpretativa del término incendio; la cual deriva del

---

<sup>5</sup> Esto si dejamos a un lado los denominados incendios forestales, que en todo caso, y como ya se vio, tampoco experimentaron variación sustancial hasta 1987. *Vid. supra* epígrafes I.9.4 y I.9.6, y III.3.5

<sup>6</sup> Es significativo cómo, pese a las referencias antes comentadas a lo avanzado que ya en aquellas fechas algunos consideraban se encontraba el estado de la civilización española, pocos años antes, en 1843, García Goyena, interpretando el término "casa" al que aludía la Ley I del Título II del Libro VIII del Fuero Juzgo (*vid. supra* epígrafe I.1.4), nos decía que lo relevante no era que el edificio incendiado en origen fuera necesariamente una casa, sino que bastaba que dentro de una población se incendiara cualquier edificio ante la posibilidad de que se quemara toda o gran parte de la población. (Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: Código Criminal Español según ..., op. cit., t. II, pp. 239 y ss.). De hecho el propio García Goyena propuso en el seno de la Comisión General de Codificación que tratándose de incendio en poblado no se distinguiese entre edificios habitados o no; opinión contraria a la que, como se acaba de recordar, acabó imponiéndose. *Vid. supra* epígrafe I.5.4.

componente de peligro que, estoy plenamente convencido, toda referencia a un incendio necesariamente implica.

Por otra parte, si la ubicación de los delitos de incendio en sede de delitos contra la propiedad nunca ha excluido su naturaleza de delitos de peligro, la ubicación actual en el Código vigente tampoco les puede negar el carácter de atentatorios contra la propiedad que siguen teniendo, pese a que no se aluda a cuantía alguna en la actual regulación de los mismos.<sup>7</sup> El fuego sigue destruyendo el objeto que le da vida.

La conclusión no puede ser otra que la que nos conduce a diluir considerablemente las diferencias que a primera vista pudiera parecernos existe entre la regulación de los incendios en el VCP y la del NCP; regulaciones que, como ya se puso de manifiesto al estudiar la tramitación parlamentaria del texto vigente de estos delitos, y pese a la acertada reducción casuística que han experimentado los mismos, se pueden sobreponer en su gran mayoría.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Vid. *supra* epígrafe III.1.2.

<sup>8</sup> Cfr. *supra* Capítulo II.

De opinión claramente contraria se muestra Sáinz-Cantero Caparrós, para quien el concepto de incendio que se derivaba de la anterior regulación bebía de una consideración de los delitos de incendio como esencialmente patrimoniales, no formando parte de tal concepto la capacidad de propagación del fuego; mientras que en la nueva regulación entiende que tal capacidad de propagación es elemento indiscutible del concepto de incendio. Cfr. SÁINZ-

Siendo ello así, el destacar en este momento la predominancia de las semejanzas entre ambos Códigos en esta materia delictiva, dejando aparcadas de momento las diferencias tiene por objeto poner de manifiesto la utilidad que puede tener (y ya adelanto, tiene) para la elaboración de un concepto penal de incendio aplicable a la regulación vigente, el desvelar tal concepto teniendo en cuenta el que se deriva de la regulación anterior, sobre todo por los argumentos que nos va a permitir extraer su regulación casuística y por los reveladores pronunciamientos jurisprudenciales que bajo la vigencia de las regulaciones precedentes podemos encontrar.

## **2 - El concepto penal de incendio según el VCP<sup>9</sup>**

No es fácil el intentar dar un concepto de incendio con relevancia penal, sobre todo después de ver cómo importantes

---

CANTERO CAPARROS, J.E.: Los delitos de incendio, Granada, 2000, pp. 31 a 36.

<sup>9</sup> El contenido del presente epígrafe actualiza y desarrolla parte del artículo que en su día envié como colaboración a los Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz (Valencia, 1997), bajo el título: "Relevancia del análisis jurisprudencial del concepto penal de incendio en la nueva regulación de estos delitos".

autores pasan de puntillas sobre la cuestión.<sup>10</sup> En todo caso, como se puede comprender fácilmente tras todo lo dicho, no pretendo dar un concepto válido con carácter general para todo tiempo y regulación penal de esta materia, sino que en estos momentos tan sólo pretendo encontrar un mínimo denominador común a todas las referencias que en el Código derogado se efectuaban al término incendio. En este sentido Polaino Navarrete buscando justamente esos elementos comunes al conjunto de las figuras incendiarias del VCP no va más allá de afirmar que:

“La acción del delito de incendio consiste sustancialmente en la práctica de la conducta de transmisión de fuego a un determinado objeto”.<sup>11</sup>

Como punto de partida, y como también se comprenderá a estas alturas, mi entendimiento de lo que debamos entender penalmente por incendio se encuentra mucho más próxima al de

---

<sup>10</sup> Así, sin duda exagerando, nos dice Groizard que:

“La definición de incendio, por la variedad de sus medios, constituye una de las mayores dificultades de la ciencia del Derecho penal. No sólo los autores de los diversos Códigos vigentes la han omitido y han hecho bien sino que, por no arrastrar quizás los inconvenientes que ofrece, han prescindido de dárnosla criminalistas de tan alto renombre como Tissot, Chauveau, Hélie, Carminagni y Pessina”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 24.

<sup>11</sup> POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio..., op. cit., p. 41.



aquellos que optan por catalogarlo como fuego peligroso,<sup>12</sup> que al de los que se inclinan por equipararlo con la mera destrucción por combustión;<sup>13</sup> si bien es necesario señalar que, pese a las alusiones que numerosos autores efectúan al verbo quemar y a la combustión a la hora de decirnos que entienden por incendio o por incendiar, no por ello debemos precipitarnos y entender en todo caso que tales planteamientos no requieren de un peligro como elemento del concepto de incendio que de los mismos se desprenda.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Este es el entendimiento que acaba considerando más acertado Groizard. Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 25.

En el fondo creo que la inclusión del elemento peligro dentro del concepto de incendio responde al sentir mayoritario de la doctrina, sólo que no lo expresan a través de su especificación al dar (cuando lo dan) un concepto de incendio, sino desde la delimitación del momento consumativo de estas figuras delictivas. Por otra parte no será indiferente, a efectos de qué debemos entender por incendio, la posición que se mantenga en orden a entender cumplimentada la exigencia de peligro que se le atribuya. Vid. *infra* dos notas más adelante.

<sup>13</sup> De este parecer se muestra Córdoba Roda al hilo del estudio de la agravante 3ª del artículo 10 del VCP. (Vid. CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios al Código penal, t. I, Barcelona, 1972, pp. 569 y 570). También Morillas Cueva mantiene este entendimiento con carácter general. (Vid. MORILLAS CUEVAS, L.: "La circunstancia agravante de incendio y su ámbito de aplicación", en Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, 1982, pp. 361 y 362). En el mismo sentido se manifiesta Sáinz-Cantero Caparrós, si bien en relación exclusiva al VCP. Vid. SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.: Los delitos de incendio, op. cit., pp. 31 a 33.

<sup>14</sup> Un ejemplo ilustrativo lo podemos encontrar en la opinión de Rodríguez Devesa, quien con carácter general entiende el incendio como sinónimo de:

"... quemar o producir combustión de un objeto mediante el fuego". RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª. y SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho

Ante la ausencia de profundización por parte de la doctrina en la elaboración de un concepto penal de incendio, cobra especial interés el análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales vertidos al respecto; los cuales, si bien referidos expresamente al concepto que buscamos son también

---

Penal Español, Parte Especial, 18ª ed., op. cit., pp. 392 y 393.

No obstante, pese a que Rodríguez Devesa se pronuncia literalmente en los términos vistos a la hora de definir el concepto de incendio, previamente nos viene a decir que incluso en aquellos ordenamientos en los que haya optado por regular los delitos de incendio con base en la mera aplicación del fuego para destruir determinados objetos, lo que equivale a considerar los incendios como un puro delitos de daños cualificados, la idea de peligro está presente. Si bien aclara que se trata de un peligro abstracto, con independencia de que en el caso concreto haya existido o no un peligro efectivo de propagación. (Vid. *ibid.*, p. 391). Aquí tenemos un ejemplo de la relevancia que sobre el concepto de incendio que se mantenga tiene la naturaleza del peligro que se le atribuya, caso de atribuírselo.

Por esta razón no es posible considerar conjunta y unitariamente a todos los autores que a la hora de hablar de lo que sea un incendio, o bien de incendiar, lo equiparan de una u otra forma con quemar o producir destrucción o deterioro por combustión al poner fuego sobre las cosas. Y ello en tanto que la gran mayoría de los mismos relacionan inmediatamente tales referencias con el momento de la consumación de los delitos de incendio, aludiendo a la necesidad de que el fuego se propague o adquiera la capacidad de propagarse tras haberse iniciado la combustión autónoma del objeto al que se haya aplicado el fuego. Cfr. entre otros, y siempre con referencia al VCP: BAJO FERNANDEZ, M.: Manual de Derecho penal, Parte especial, (Delitos patrimoniales y económicos)", Madrid, 1990, pp. 359 y 360; BUSTOS RAMIREZ, J.: Manual de Derecho penal, Parte Especial, 2ª ed., op. cit., p. 244; GONZALEZ RUS, J.J.: Manual de Derecho penal, Parte especial, II, Delitos contra la propiedad, dirigida por Cobo del Rosal, Madrid, 1992, pp. 378 y 379; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 10ª ed., op. cit., pp. 395 y 396; POLAINO NAVARRETE, M.: Delitos de incendio..., op. cit., pp. 66 y ss.; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: "Consideraciones generales sobre los delitos de incendio", en CPC, núm. 51, 1993, p. 823.

escasos, en el tratamiento de los supuestos concretos que han ido enjuiciando se nos revelan bastante esclarecedores.

Comenzando por las referencias expresas al concepto de incendio cabe citar la STS de 04-05-1943, la cual califica el incendio como:

"... medio de peligrosidad extraordinaria cuando... puede propagarse a cosas o personas próximas al lugar en que se produce...".

Por su parte la STS de 21-12-1984 lo define como:

"... la destrucción... por medio del fuego de un objeto o bien mueble o inmueble, propio o ajeno, con la que se crea un peligro o riesgo común para las personas y/o cosas".

Por último la STS de 02-11-1985 añade a la referencia que en su día efectuó la STS de 14-04-1974 a la: "destrucción, deterioro o menoscabo de una cosa mediante fuego", que:

"... lo más esencial... más que la combustión o abrasamiento de determinados bienes, radica en la posibilidad de propagación del fuego a otros distintos de los que deseaba destruir o dañar el infractor".

## **2.1 - Irrelevancia de la magnitud del fuego**

No encontramos en la legislación penal una definición de lo que debamos entender por "incendio", no siéndonos válida la definición que encontramos en el Diccionario de la Real

Academia Española de la Lengua, y que se refiere al incendio como: "fuego grande que abrasa lo que no está destinado a arder; como edificios, mieses, etc.", ya que de la regulación legal de ambos Códigos se desprende que "incendio" tanto puede serlo un fuego de grandes proporciones como otro que ocasiona escasos daños materiales.

Efectivamente, si como primer criterio para imaginarnos el tamaño de un fuego nos fijamos en la cuantía de los daños que ocasiona, basta una mirada al articulado del Capítulo VIII del Título XIII del VCP, para observar cómo en los artículos que hacen referencia a cuantías, éstas determinaban la mayor o menor pena, pero no su calificación de "incendio", la cuál seguía otorgándose incluso para la falta regulada en el art. 595, en la que se seguía hablando de "incendio", para determinados supuestos en los que el daño causado no excedía de 30.000 pesetas.

Si bien se trata de un criterio que, al efecto de imaginarnos el tamaño del fuego, y por tanto, el peligro que pueda representar para otros bienes jurídicos, puede ser bastante relativo; tanto por la posibilidad de que se trate de un objeto valioso pero pequeño, como a la inversa, que se trate de un objeto con gran cantidad de materia combustible pero de escaso valor. Tal es el caso de la STS de 26-12-1952, en la cuál la Audiencia correspondiente había considerado los

hechos como constitutivos de falta, siendo rectificadada esta apreciación por el TS, el cual estimó que se trataba de un delito; si bien, en lo que en estos momentos nos interesa, tanto la Audiencia como el TS ubicaron dentro del concepto de incendio los hechos enjuiciados:

"...el procesado utilizando un mechero prendió fuego a unas "silvas", que constituían el cierre de una finca, dando lugar a que se quemasen los 34 metros de cierre y diversas cepas de la plantación causando daños tasados en 200 pesetas..."

Doscientas pesetas es también el valor de los daños ocasionados por los hechos que se analizan en la STS de 20-10-1969, y que dieron lugar a su calificación como incendio consumado:

"...en la fábrica el procesado extendió paja por todo su interior, al objeto que ardiese con mayor facilidad, prendiéndola fuego seguidamente, comenzando las llamas a propagarse por el edificio, hasta que fue sofocado por terceras personas, causando daños valorados en 200 pesetas..."

Como se puede deducir, el fuego aplicado a las silvas y a la paja, pese a ocasionar daños de escasa cuantía, debió alcanzar considerables dimensiones.

También podemos encontrar Sentencias en las que el escaso valor de los daños producidos van asimismo acompañados por las muy escasas proporciones de las llamas; sirvan como

ejemplos los dos casos siguientes, muy distantes en el tiempo entre ellos:

"...el procesado...dio fuego con una sustancia inflamable a uno de los tambores de las piedras (de un molino), sin que se propagase ni causase más daños que el de una peseta..."(STS de 31-12-1898).<sup>15</sup>

"...(el procesado) se acercó a una de las mangueras o aparatos surtidores de gasolina y después de descolgarla y pulsar el botón correspondiente, dando lugar a salida de dicho combustible, aplicó a la boca de la misma, una cerilla encendida, produciendo un incendio que fue inmediatamente sofocado por la inmediata intervención del personal de la gasolinera, si bien se causaron daños valorados en 500 pesetas." (STS de 21-03-1973).

Sentencias como las que acabamos de citar nos llevan a la conclusión ya apuntada de la no identidad a efectos penales entre incendio y fuego grande.

Pues bien, de momento, en nuestra búsqueda de un concepto penal de incendio, lo único que tenemos es un elemento negativo, sabemos que la magnitud del fuego no es

---

<sup>15</sup> Con el pasar de los años, pudiera pensarse que el daño valorado en una peseta de finales del XIX, era un daño cuantioso; sin embargo basta observar que el artículo 570.1º del Código penal de 1870 (que fue el precepto aplicado a los hechos referidos), fija como cuantía límite para permanecer dentro de su pena la de 50 pesetas, siendo además el tipo de incendio más levemente castigado, a excepción de la remisión prevista en el artículo 571 (el equivalente al art. 553 VCP), si bien, como veremos, puede que en este supuesto no se tratara de un auténtico "incendio".

cosustancial a dicho concepto. Vamos a buscar ahora los elementos que nos lo puedan definir positivamente.

## **2.2 - El peligro para las personas como elemento del concepto penal de incendio**

Pese a que el VCP no contenía ninguna referencia expresa al peligro que el fuego pudiera representar para las personas como elemento típico de los incendios, de la lectura de los artículos 547<sup>16</sup> y 548, y en menor medida de los números 549.2°, 550 y 551.1°, se desprendía que el peligro que el fuego puede representar para las personas, había sido tenido en cuenta por el legislador a la hora de regular los distintos tipos de incendio. La jurisprudencia se muestra absolutamente unánime en este sentido, y a ello conducían todas las observaciones que respecto de los preceptos señalados, y de sus equivalentes en los Códigos precedentes, se efectuaron en el primer Capítulo de este trabajo. Pero que ello fuera así, y que al igual que en el NCP la vida, salud e integridad de las

---

<sup>16</sup> Con excepción de la referencia que en su apartado 1° efectuaba a "archivo o museo general del Estado". La STS de 21-12-84 considera que estos supuestos se equiparan a los restantes por el hecho de suponer la puesta en "peligro de pérdida irreparable de cosas de inapreciable valor".

personas fuera también el principal de los bienes jurídicos protegidos en la regulación que de los delitos de incendio efectuaba el anterior Código, no es todavía suficiente para afirmar que un componente de peligro para las personas forma parte esencial del concepto penal de incendio.

En principio parece necesario que, para que un fuego represente un peligro para las personas, debe ocasionar unos daños materiales,<sup>17</sup> lo cual parece que nos llevaría, a falta de declaración expresa por parte del VCP, a la imposibilidad de determinar si la calificación de un hecho como incendio se debía al peligro que el fuego suponía en un caso concreto para las personas, o al daño ocasionado por su acción, siendo en este último caso el peligro para las personas sólo una circunstancia que agravaría las penas a imponer, pero que no formaría parte del concepto penal de incendio.

Es este el momento oportuno para hacer una primera referencia al anterior artículo 553 VCP,<sup>18</sup> artículo que

---

<sup>17</sup> En este sentido se manifiesta RODRIGUEZ DEVESA, cuando hablando de las semejanzas entre incendios y daños, afirma que para la consumación: "... es precisa la causación mediante el incendio de un daño, aun cuando sea insignificante." RODRIGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>., Derecho penal español, Parte especial, 18<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, p. 392.

<sup>18</sup> La redacción de este artículo procede ya del Código penal de 1848, y se ha mantenido en todos, con las excepciones del Código de 1928 y del actualmente vigente. La únicas variaciones que fue experimentando fueron las lógicas que imponía la actualización de



establecía la posibilidad de que determinados daños ocasionados por la acción del fuego se pudieran calificar jurídicamente como "daños" y no como "incendios". Con base en esta posibilidad se nos abre paso una vía para buscar un argumento más que nos permita inclinar la balanza a favor de la consideración del peligro para las personas como un elemento sustantivo del concepto penal de incendio. Se trataría de ver si en los supuestos contemplados en este artículo 553 VCP es posible obviar la remisión del Código a sede de daños cuando el fuego represente un peligro para las personas.

El encontrar en la jurisprudencia dos Sentencias cuyos hechos hubieran sido básicamente los mismos, una de las cuales haya sido calificada por el TS como delito de daños, y la otra como delito de incendio en base a un peligro para las personas, puede resultar altamente indicativo de la efectiva pertenencia al concepto penal de incendio de tal peligro.

Pues bien, de la comparación entre las SSTs de 06-04-1885 y de 04-05-1943 podemos obtener tan relevante indicio. La primera de las Sentencias señaladas califica el hecho de pegar

---

las cuantías; así como el cambio de la conjunción copulativa "y", por la disyuntiva "o", que se produjo a partir del Código de 1870, y que se mantuvo hasta 1995; nos estamos refiriendo a la expresión: "... en tiempo o con circunstancias...". Vid. *supra* epígrafes I.5.7 y I.6.5.

fuego a un pajar deshabitado, como delito de daños: "... con arreglo a la prescripción terminante del artículo transcrito en el precedente considerando"; se está refiriendo al artículo 571 del CP de 1870, artículo que era copia literal, excepto en la cuantía,<sup>19</sup> del art. 553 VCP.

Por su parte, la STS de 04-05-1943 considera que:

"...la deliberada acción de prender fuego con una cerilla a una barraca o choza de paja, sabiendo que en su interior se hallaban cuatro personas...(ninguna resultó herida)... constituye notoriamente el delito previsto en el artículo 538<sup>20</sup> del Código Penal (de 1932)..."

Este artículo es copia casi literal del 548 VCP, se trata, pues, de un auténtico delito de incendio. Vemos de esta forma como la ausencia de peligro para las personas en la Sentencia de 06-04-1885,<sup>21</sup> al tratarse de un pajar deshabitado,<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> En aquellas fechas, el límite cuantitativo representado por el valor del objeto al que se aplica el fuego, se cifró en 250 pesetas.

<sup>20</sup> CP de 1932, artículo 538: "Serán castigados con la pena de reclusión menor a reclusión mayor los que incendiaren edificio, alquería, choza, albergue o buque en puerto, sabiendo que dentro de ellos se hallaba una o más personas."

<sup>21</sup> Además de otros factores como la ausencia de peligro de propagación a otros bienes, que será objeto de análisis en páginas posteriores.

<sup>22</sup> La referencia que el art. 553 VCP hacía a que las chozas, pajares o cobertizos estuvieran deshabitados para que la conducta se pudiera incardinar dentro del Capítulo que se dedicaba a los daños, era la principal base legal que permitía dar relevancia al peligro para las personas como característica integrante del concepto penal de incendio.

permitió al TS entender que no se estaba ante un delito de incendio, pese a la utilización del fuego como medio destructor; y en cambio, en la segunda Sentencia vista, en la de 04-05-1943, fundamentándolo en que se trata de un...

"...medio de ejecución de peligrosidad extraordinaria, cuando el incendio puede propagarse a cosas o personas próximas al lugar en que se produce,...aunque no originaran daños materiales apreciables...",  
...el Alto Tribunal no dudo en incluir los hechos dentro de los delitos de incendio.<sup>23</sup>

El diferente trato que se da en esta Sentencia al hecho, similar al de la anterior, de quemar una construcción de paja, reforzado por la referencia expresa, que acabamos de transcribir, a la no necesidad de la producción de daños materiales apreciables, nos permite llegar a la conclusión del carácter sustantivo que para el concepto penal de incendio entrañaba en el anterior Código la circunstancia del peligro para la vida, salud o integridad física de las personas.

Así las cosas, por el momento, y con base en lo que llevamos visto, el incendio penalmente relevante en el VCP podría definirse como aquel fuego que, independientemente de

---

<sup>23</sup> Hay que señalar que en la presente Sentencia el TS, acogiendo el recurso planteado, entendió que la Audiencia había incurrido en error de Derecho al calificar los hechos como daños, lo cual refuerza la conclusión a la que a continuación se llega.

su magnitud, pusiera en peligro la vida, salud o integridad física de las personas.

No obstante, es necesario aclarar que tal peligro para las personas no debe provenir de la aplicación directa del fuego sobre las mismas.

No se comparte, por tanto, la opinión de Morillas Cueva, quien, no sólo se suma a aquellos que entienden el incendio como equivalente a quemar o producir la combustión de un objeto mediante fuego, sino que además entiende que en última instancia, y con la finalidad de no dejar sin contenido a la agravante tercera del artículo 10 del VCP (en lo que al incendio se refiere),<sup>24</sup> considera que por incendio debemos entender:

"... la acción de quemar o producir combustión de un objeto o persona mediante el fuego".<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> El peligro de propagación del fuego, que en el epígrafe siguiente concluiré es elemento esencial del concepto penal de incendio, no es visto así por Morillas Cueva. Esto conduce al citado autor a afirmar que:

"... existiendo incendio sobre cosa ... el ámbito de la agravante se anula, puesto que en razón de su vasta tipificación el incendio es siempre delito o falta cualquiera que sea el objeto incendiado". MORILLAS CUEVAS, L.: "La circunstancia agravante de incendio ...", op. cit., p. 380, vid. también pp. 369, 370 y 385.

<sup>25</sup> Cfr., *ibid.*, pp. 359 y ss., en especial p. 363 para la cita literal.

Cita este autor en apoyo de su tesis la STS de 22-06-1962 en la que se entendió procedente apreciar la agravante genérica de incendio (artículo 10. 3ª del texto vigente en aquellas fechas, sin variaciones en el VCP), en unas lesiones producidas como consecuencia de haber encendido un montón de paja sobre el que dormía una mujer. Pero también cita, esta vez en su contra, la STS de 24-12-1896 en la que se aplicó la agravante de ensañamiento a un robo con homicidio en el que se roció con petróleo la ropa y cuerpo de la víctima prendiéndole fuego a continuación.<sup>26</sup>

Pues bien, entiendo que hay diferencias relevantes entre los hechos enjuiciados en estas dos Sentencias que impiden tratarlas en pie de igualdad en relación con lo pertinente o no de apreciar la presencia de un incendio en los hechos que subyacen a ambas, (la presencia de un incendio en estos supuestos es lo que propugna Morillas Cueva con el concepto que acabamos de ver mantiene). Así, mientras que en una el fuego se aplicó directamente sobre el cuerpo de la víctima, en la otra fue aplicado sobre una cosa (el montón de paja), desde el que se propagó a la persona que sobre el mismo se encontraba. Este último supuesto, en el que el TS entendió aplicable la agravante de incendio, seguramente habría sido

---

<sup>26</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 371 y 372.

calificado como delito de incendio si no fuera por las lagunas que generaba la casuística regulación de aquellos años. Al no tratarse del incendio de un edificio, y dado el escaso valor de la paja destruida (no se dice en la Sentencia), la alternativa a la agravante indicada sólo podría haber sido la falta del artículo 595 VCP, (tan sólo variaba la cuantía en relación con el último texto vigente de este precepto).

Si se compara el prender fuego a un montón de paja con una persona encima (sin entrar a valorar ahora las heridas que sufrió), y los hechos enjuiciados en la STS de 04-05-1943 referidos con anterioridad (prender fuego a una choza de paja con personas dentro), se puede apreciar la gran similitud existente, sólo rota por el hecho de que en el segundo supuesto la paja se hallaba dispuesta a modo de habitáculo, lo cual posibilitaba (como así entendió el TS) la apreciación de un delito de incendio del artículo 538 del CP de 1932 (equivalente al 548 VCP).

Así, mientras que desde el planteamiento de Morillas Cueva las resoluciones de 1896 y 1962 por él citadas se encontraban enfrentadas, desde el entendimiento que propugno serían coherentes, la una no apreciando la agravante de incendio y

---

la otra apreciándola; y sin que esta afirmación prejuzgue lo acertado o no de la opción que en la Sentencia de 1962 se adoptó a favor de la agravante en lugar de un eventual concurso de las lesiones producidas con la falta de incendio indicada.

Además, y al margen del enfrentamiento o no de estas dos Sentencias, Morillas Cueva alude con posterioridad a la STS de 29-11-1887, y lo hace al hilo de la relación entre el delito de asesinato cuando venía cualificado por la circunstancia de incendio y el eventual delito de incendio que pudiera apreciarse. Los hechos que dieron origen a tal Sentencia consistieron en la muerte de una persona como consecuencia de las quemaduras que le produjo el líquido inflamado que se le arrojó a la cara. Morillas Cueva trae a colación esta Sentencia en apoyo de la tesis según la cual, apreciado el incendio para cualificar un homicidio en asesinato, no cabe ya sancionar por un delito de incendio, a riesgo de caer en un *bis in idem*.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> En tal defecto parece incurrir la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos que dio lugar a la STS de 04-02-1995, cuando calificó determinados hechos como delito de incendio del artículo 548 VCP en concurso, entre otros, con un delito de lesiones con la agravante de incendio, siendo que tales lesiones fueron producidas por el mismo fuego que integró el delito de incendio. El TS no efectuó ningún comentario al respecto, si bien hay que reconocer que no fue interpelado al respecto. Más acertada parece la solución jurídica que se dio a los hechos sobre los que versó la STS de 28-05-1999, donde ante el incendio de un local comercial

---

con personas dentro y produciendo el fuego heridas a una de ellas, se articuló el correspondiente concurso de delitos entre uno de incendio y el de las lesiones producidas, sin que en ningún momento surgiera la cuestión relativa a la posibilidad de la aplicación de la agravante de incendio a tales lesiones, y tratándose precisamente de un supuesto en el que tales heridas acontecieron como consecuencia de haber caído parte del combustible derramado en el local sobre el cuerpo de quien resultó quemado.

No se va a profundizar en esta cuestión pues el tema concursal requiere tener previamente claro que entendemos por incendio, y esto es lo que estamos intentando averiguar. No obstante sí que quiero dejar constancia que, en la medida en la que de un incendio buscado de propósito para matar se derive algún peligro para personas distintas de aquellas a las que se dirigiera la voluntad homicida, entiendo posible articular un concurso de delitos entre el/los asesinato/s cualificados por la circunstancia de incendio (VCP), en el grado de ejecución oportuno, y el tipo de incendio correspondiente. Ésta era la petición del Ministerio fiscal en el recurso que dio lugar a la Sentencia comentada, y que sólo fue acogida en parte por el TS al calificar de asesinato lo que la Audiencia había entendido como homicidio, pero negarle el concurso con el delito de incendio solicitado. Hay que añadir que a esta última petición del fiscal subyacía el hecho de que el fuego había prendido en el edificio donde se produjo el ataque homicida, edificio en el que se encontraban varias personas. Sin que sean determinantes en uno u otro sentido se pueden citar las SSTs de 07-12-1994, 03-07-1997, 24-05-1999 y 09-07-1999; en todas ellas se apreció asesinato mediando la circunstancia de incendio (los hechos ocurrieron todos bajo la vigencia del VCP), bien por rociar a las víctimas con combustibles inflamables, bien por arrojar tales combustibles en un habitáculo muy reducido donde las mismas se hallaban; y en ninguna de ellas, pese a haberse producido todos los hechos dentro de edificios, adquiriendo en algún caso grandes dimensiones el fuego, se apreció conjuntamente delito de incendio alguno. Si bien es cierto que no aparece ninguna referencia expresa al posible peligro que hubieran corrido terceras personas, antes al contrario en una de ellas se indica que se trataba de un pajar donde sólo se encontraban dentro las personas finalmente afectadas (STS de 09-07-1999), y en otra (STS de 24-05-1999) se insiste en el dato de que las únicas personas que se encontraban en la vivienda eran el agresor y la víctima.

Por otra parte, la solución concursal que me he permitido propugnar, en el NCP dependerá de que en el caso concreto el incendio pueda integrar la circunstancia de alevosía, o la de ensañamiento. Respecto de la posibilidad de apreciar la circunstancia de ensañamiento en determinadas lesiones o muertes en las que ha mediado el fuego puede verse la STS de 25-04-1988; y en relación con la conversión en determinados casos de la hoy



Los hechos de esta resolución son expresamente considerados semejantes por el autor referido a los de la STS de 22-03-1952, en la que los procesados al ver al que fue su víctima tumbado en el suelo a consecuencia del alcohol ingerido, le bajaron los pantalones y le pusieron sobre unas pajas, a las que dieron fuego, ocasionándole quemaduras de importancia.<sup>28</sup> Por tanto también son semejantes a los de la Sentencia de 1962 comentada con anterioridad, Sentencia de la que Morillas Cueva se servía para la extensión del concepto de incendio también a los fuegos aplicados directamente sobre las personas. Pues bien, así las cosas, la Sentencia de 1887, aunque comienza diciendo que:

"...se entiende empleado el incendio en este concepto jurídico (parece referirse al asesinato) cuando se mata o intenta matar por medio de fuego aplicado directa o inmediatamente sobre la persona objeto de la acción criminal, ...",

prosigue la frase, sin solución de continuidad, aclarando que ello es así:

"... siempre que lo sea con riesgo de propagación a cosas distintas, en cualquiera de las condiciones

---

desaparecida circunstancia de incendio del artículo 406.3º VCP (cualificadora del homicidio en asesinato) en la de alevosía, se pueden traer a colación las SSTS de 03-07-1997 y 30-10-1998.

<sup>28</sup> Vid. MORILLAS CUEVAS, L.: "La circunstancia agravante de incendio y su ámbito de aplicación", op. cit., pp. 379 y 382.

previstas en el Capítulo 7º, Título 13 del Libro 2º del Código penal".<sup>29</sup>

De esta forma, dicha Sentencia, al exigir expresamente un peligro de propagación para poder apreciar la agravante de incendio, no sólo no sirve para apoyar el concepto de incendio propuesto por Morillas Cueva, sino que ataca directamente a la línea de flotación del mismo.

---

<sup>29</sup> Vid. *supra* epígrafe I.6.

Se olvida también de esta segunda parte del párrafo la STS de 18-12-1990, en la cual se califican como lesiones graves con la agravante de incendio las producidas como consecuencia de prender fuego a las ropas de una persona sobre las que primero se había arrojado una pequeña cantidad de gasolina. Esta resolución cita en su apoyo la STS de 29-11-1887 (que por cierto comete una errata al fecharla con día 20), señalando que: "... debe aplicarse el incendio "cuando se mata o intenta matar por medio del fuego"", y olvidándose totalmente de la exigencia de la posibilidad de propagación que la misma requería. Si tienen en cuenta la exigencia de esta capacidad de propagación del fuego para apreciar o no la agravante de incendio, citando esta misma STS del año 1887, pero esta vez sin amputar el párrafo comentado, las SSTS de 25-04-1988 y 19-02-1996. Aunque no de forma expresa, la STS de 28-03-1989 se muestra coherente con esta exigencia de capacidad de propagación del fuego incluso cuando se aplica directamente sobre las personas, en la cual se rechazó con rotundidad la posibilidad de apreciar la agravante de incendio en las lesiones por quemadura que se produjeron como consecuencia de la aplicación sobre el cuerpo de la víctima de una barra de hierro incandescente.

### **2.3 - El peligro de propagación del fuego como elemento del concepto penal de incendio**

No vamos a abandonar el ya visto art. 553 VCP en el intento de seguir avanzando en el concepto penal de incendio; así, junto a la circunstancia que se acaba de comentar de la inexistencia de peligro para las personas, como requisito que permitía remitir una conducta incendiaria a sede de daños, el propio artículo 553 aludía a la necesidad de que estuviera excluido todo peligro de propagación. Se convertía así el peligro de propagación del fuego en la otra clave para la distinción entre los delitos de daños y de incendios, y por tanto como posible elemento definidor de estos últimos.

Las alusiones al peligro de propagación son múltiples en la jurisprudencia. Así podemos observar cómo es precisamente la posibilidad de propagación del fuego la que permitía a la STS de 24-02-1972 fundamentar la naturaleza jurídica de los delitos de incendio:

"El delito de incendio, al margen de algunas excepcionales figuras que se articulan exclusivamente atendiendo al daño patrimonial causado,<sup>30</sup> se manifiesta en la mayor parte de los tipos punitivos del título XIII

---

<sup>30</sup> En páginas posteriores veremos si efectivamente había tipos de "incendio" que se articulasen exclusivamente en atención al daño patrimonial; y en su caso, si a tales figuras se las podía calificar técnicamente, desde el Derecho penal, como incendios.

del Libro II del CP, como una infracción de riesgo concreto o abstracto, pero en este último caso posible, que amenaza y pone en peligro la seguridad personal y colectiva, por darse la posibilidad de su propagación...".

Más tajante es la afirmación efectuada por la STS de 18-06-1979:

"El delito de incendio es un delito típico de riesgo, por estar en su base el peligro de propagación del fuego..."

También en el peligro de propagación fundamenta principalmente la STS de 21-12-1984, la regulación que el VCP efectuaba de los incendios:

"La casuística y desordenada tipificación del delito de incendio, efectuada por el legislador en los arts. 547 a 556 del Código penal... tiene su fundamentación no sólo en el valor económico de los bienes destruidos, sino también y sobre todo en el peligro de propagación..."

Asimismo el peligro de propagación es el que permitía a numerosas Sentencias entender que se había producido plenamente un incendio de edificio pese a que sólo hubiera ardido una pequeña parte del mismo. Así, en el incendio del mobiliario de una planta baja, cuyos cinco pisos superiores constituían una residencia de ancianos, y pese a que el fuego no salió de dicha planta baja, el TS, en su Sentencia de 02-11-1988, entiende que se dio el incendio del edificio, como

requisito integrante de uno de los tipos del antiguo artículo 548 VCP:

"...el precepto penal del art. 548 CP...exige, efectivamente, el incendio del edificio, o de alguna de sus partes o plantas existiendo peligro de propagación;..."

Igualmente, la STS de 13-07-1990, entendió que el incendio, por un detenido, de una celda contigua a la suya y vacía, sabiendo que en otras celdas había más personas detenidas, integraba el delito previsto en el artículo 548 VCP, porque:

"Se requiere el incendio de un edificio, pero no de todo él, sino de alguna de sus partes o plantas siempre que exista peligro de propagación al resto,..."

Afirmación que reitera el TS en su Sentencia de 24-01-1994:

"...el incendio de edificio ha de entenderse existente en los supuestos de que la acción se proyecte sobre una de sus partes o plantas, por el peligro de propagación al resto."

Estas Sentencias que acabamos de ver, relativas al incendio de parte de un edificio, lo que nos vienen a decir es que, en virtud de la existencia de peligro de propagación al conjunto del edificio, las conductas vistas, consistentes tan sólo en la quema de una pequeña parte del edificio, se podían (con la concurrencia de otras circunstancias), incardinar en el 548 ó 549 VCP, según los casos; de esto, lo único que podemos deducir es que el peligro de propagación era elemento integrante de las figuras de incendio recogidas en esos

artículos, pero no que lo fuera del concepto penal de incendio que estamos buscando, y que pretendo sirva para todos aquellos supuestos en los que el VCP hacía referencia a los incendios.

De hecho, en dos de las referidas Sentencias, (SSTS 13-07-1990 y 24-01-1994), lo que pretendían los recurrentes era, pasando por alto el peligro de propagación del fuego al resto del edificio, circunscribir los hechos dentro del artículo 552 VCP. Esto nos puede hacer pensar que para que una determinada conducta fuera incardinable en el 552, no era necesario el elemento "peligro de propagación". Si esto hubiera sido así, y dado que el tipo regulado en el mencionado artículo era considerado de forma mayoritaria por doctrina<sup>31</sup> y jurisprudencia<sup>32</sup> como el tipo básico de los delitos de incendio

---

<sup>31</sup> Vid. RODRIGUEZ DEvesa, J.M<sup>a</sup>.: Derecho penal español, Parte especial, 18<sup>a</sup> ed., op. cit., p. 393; también Bustos: "El art. 552 establece el tipo base, que consiste en el incendio de cosas no comprendidas en cualquier otro de los tipos legales de incendio;...". BUSTOS RAMIREZ, J.: Manual de Derecho penal, Parte Especial, 2<sup>a</sup> ed., op. cit., p. 245. De tipo básico respecto de los incendios de cosas ajenas lo califica Manzanares. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "El delito de incendio y la jurisprudencia", en AP, núm. 44, 1994, p. 809. Por su parte Polaino, que en su libro

Vid. también *supra* epígrafe I.5.6, donde se puso de manifiesto cómo ya algunos de los comentaristas del CP de 1848/1850 consideraban al artículo 458 del CP de 1848 (el equivalente al artículo 552 VCP), como el regulador del supuesto básico de los delitos de incendio.

<sup>32</sup> En este sentido, entre otras: SSTS de 06-11-1984, 02-11-1985, 05-06-1989, 27-01-1992, 30-12-1992, y 28-10-1996. Hasta tal punto se trataba de un tipo de recogida, que los supuestos que bajo el anterior Código encontraban acogida dentro del tipo de su artículo 552, y dada la regulación tan casuística que se hacía de estos

(en el sentido de subsidiario o residual), deberíamos concluir que el tan repetido "peligro de propagación" no constituía un elemento esencial dentro del concepto penal de incendio.

Sin embargo, como nos recuerda la STS de 28-01-1972, no debemos olvidarnos de lo establecido por el artículo 553 VCP:

"Que no obstante las implicaciones patrimoniales del delito de incendio, como lo dan a entender su emplazamiento en el título XIII del libro segundo del Código Penal, no menos que las alusiones a la cuantía del daño producido para graduar la pena de algunos de sus tipos, es lo cierto que en esta entidad delictiva prepondera su naturaleza de riesgo personal y comunitario sobre el mero atentado patrimonial, como se deduce de la expresada referencia al peligro de propagación mencionado en el artículo 553, ausencia de peligro que reenvía la infracción al delito de daños,..."

Y, con referencia expresa al antes citado art. 552 VCP, se puede citar la STS de 11-05-1968:

"...la denuncia de falta de aplicación del art. 563 CP no puede prosperar, pues este precepto figura en el Capítulo de "Los daños", y el 552 sanciona cuando es por medio de incendio, aunque también se cause un quebranto económico en los bienes ajenos, pues tal hecho además

---

delitos, bajo la nueva regulación pueden ir a ubicarse bien a sede de delitos de daños (este podría ser el caso del supuesto contemplado en la STS 31-03-1997), o bien dentro del artículo 351 NCP, que como se sabe contempla penas de hasta veinte años de prisión (tal posibilidad es contemplada por la STS de 11-06-1997, y

del perjuicio en la lesión de intereses particulares en lo incendiado, pone en peligro otros...".<sup>33</sup>

Es decir, no se está distinguiendo el 552 (tipo básico de los delitos de incendios), del 563 (daños), sólo por el hecho de que en el primero se utilizó el fuego, sino porque la utilización del mismo puso en peligro otros bienes distintos de los directamente incendiados; de esta forma podemos retomar la idea del carácter fundamental que representaba el peligro de propagación del fuego, dentro del concepto penal de incendio.

El citado peligro de propagación parece faltar cuando lo que se queman son tan sólo unos papeles, lo que explicaría la inclusión del art. 560 VCP dentro del Capítulo dedicado a los daños. En los casos en que dicho peligro hubiera estado presente la solución sería otra;<sup>34</sup> si bien, lo más frecuente

---

también encontraría cabida en los hechos enjuiciados por la STS de 28-01-1999).

<sup>33</sup> Si bien, no se puede negar que en algunas otras SSTs se habla del incendio del artículo 552 CP, como de un incendio en el que sólo se atiende al daño patrimonial ocasionado -en este sentido la STS de 23-05-1987, aunque, también es cierto que en todas ellas lo que se discute es la presencia o no de peligro para las personas. Siendo en este contexto en el que el TS manifiesta que el tipo del art. 552 no requiere de la presencia de peligro, se trataría, pues, mas que de decir que en el art. 552 lo relevante es sólo el daño patrimonial, de subrayar que tal precepto es subsidiario de aquellos otros en los que está presente un peligro para las personas derivado de la acción del fuego.

<sup>34</sup> Según Groizard, como ya vimos *supra* en el epígrafe I.6.5:

"...el incendio de papeles y documentos..., si ha existido peligro de propagación del fuego, no se castigará con arreglo



será que, tratándose de papeles y documentos, el peligro de propagación esté ausente.

La STS de 10-10-1929 recoge el supuesto de la quema de unas diligencias en la estufa de una comisaría, sin dar curso a la denuncia. El TS entendió que tales hechos eran constitutivos de un delito de daños.

Todavía existía otro apoyo legal en el VCP para demostrar la relevancia del peligro de propagación del fuego como elemento distintivo entre incendios y daños, y por tanto, como requisito típico de los incendios. Así, la ya citada STS de 28-01-1972, acude para fundamentar en los delitos de incendio la preponderancia de la "naturaleza de riesgo personal y comunitario sobre el mero atentado patrimonial", además de a la referencia al artículo 553 mencionada con anterioridad, a la que se contiene en el artículo 556, en el que dicho peligro, aún actuando el incendio sobre cosa propia, determina la incriminación.

---

al Capítulo de que forma parte el artículo que comentamos." GROIZARD; El Código penal de 1870..., t. VIII, op. cit., p. 262.

En este sentido se pueden ver las SSTs de 22-05-1889 y 25-11-1955. En ambas, no sólo existió peligro de propagación del fuego, aplicado con la única intención de quemar unos documentos, sino que además dicho peligro se materializó en daños mayores, dando lugar a la aplicación de auténticos tipos penales de incendio.

Efectivamente, en uno de los tipos establecidos por el antiguo art. 556 VCP,<sup>35</sup> así como por el art. 357 del NCP, se castiga una conducta donde el valor de lo destruido por el fuego, por cuantioso que sea, es totalmente irrelevante al tratarse de bienes de la exclusiva pertenencia del incendiario, siendo el peligro de propagación del fuego a determinados bienes ajenos lo que hace merecedora de sanción tal conducta.<sup>36</sup>

Así lo entiende la STS de 30-06-1976 al establecer en uno de sus considerandos que:

"...el artículo 556 requiere para su integración de una parte que el sujeto activo prenda fuego a bienes propios..., y de otra, que con tal acción se pretenda o se cause defraudación a tercero, o que exista peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno,

---

<sup>35</sup> Art.556: "El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de prisión menor si...existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno."

<sup>36</sup> Vid. *supra* epígrafe I.9.2, donde, como se recordará, se comentó la Base 14 de la Ley de Bases 79/1961 de 23 de diciembre. Base que habilitaba para modificar la regulación de los incendios de bienes propios con la finalidad de que incluyeran los supuestos en los que, aunque no se hubieran visto lesionados bienes de ajena pertenencia, si que hubiera existido peligro de propagación a los mismos. La limitación de los bienes ajenos puestos en peligro a edificios, árboles o plantíos ajenos no venía impuesta en tal Base, fue decisión del legislador. Vid. *supra* también los epígrafes I.5.2 y I.6.6, en los que se indican los problemas de interpretación que surgían en relación con estos supuestos de incendios de bienes propios que acababan por no lesionar la propiedad ajena y que dieron lugar a la modificación ahora comentada.

bastando la concurrencia de cualquiera de estas dos situaciones contempladas por el texto punitivo disyuntivamente para la consumación del delito... (...) ...en el caso ahora debatido, quedó consumado plenamente por la concurrencia del requisito alternativo del peligro de propagación,...".

Ya estamos en condiciones de seguir avanzando en el concepto penal de incendio; el incendio penalmente relevante en el VCP sería aquel fuego que, independientemente de su magnitud, pusiera en peligro la vida, salud o integridad física de las personas; o en el que apareciera un peligro de propagación a otros bienes.

Llegados a este punto, la construcción parece bastante aceptable, el incendio no sólo sería un daño cualificado por el mero hecho de la utilización del fuego como medio destructivo, sino que existiría una razón de fondo para tal distinción: la posibilidad de propagación del fuego; la cual pondría en peligro bienes jurídicos distintos a la mera propiedad protegida por los delitos de daños, o bien afectaría a ésta con mayor intensidad.

Sin embargo, nos encontramos con un conjunto de Sentencias en las que, pese a aparecer claramente la ausencia de peligro de propagación, el hecho de haber utilizado el fuego como elemento destructor, lleva al TS a estimar la existencia de delitos de incendio.

Tal es el caso de la STS de 30-07-1904, donde la destrucción mediante fuego de una choza que:

"...estaba a gran distancia de poblado, aislada por completo, siendo la casa o vivienda más cercana la choza que en la misma dehesa habitaba el procesado..., distante un kilómetro aproximadamente de aquélla...", se castigó como delito de incendio del artículo 567, en relación con el 566, del CP de 1870;<sup>37</sup> el equivalente al artículo 551 VCP; es decir, por quemar un edificio destinado a habitación en lugar despoblado.

Como se ve, en los hechos juzgados en la anterior Sentencia, no existía peligro de propagación del fuego a otros bienes, y tampoco hubo peligro para persona alguna, dado que el fuego se prendió precisamente para hacer desaparecer los cadáveres de las cuatro personas que habitaban la citada choza, y a las que previamente se había dado muerte.

Pero hay más, no es la Sentencia de 1904 la única donde parecen quebrar las conclusiones que se nos antojaban tan sólidas. Las SSTS de 07-06-1922 y 28-11-1923 nos presentan dos

---

<sup>37</sup> CP de 1870, artículo 567: "Cuando el daño causado en los casos del artículo anterior no excediere de 2.500 pesetas y pasará de 250, la pena será la de presidio correccional en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo."

Artículo 566: "Serán castigados con la pena de presidio correccional en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, cuando el daño causado excediere de 2.500 pesetas: 1º Los que incendiaren un edificio destinado a habitación en lugar despoblado..."

supuestos de hecho similares, siendo la nota común la consideración como incendio del artículo 570 CP 1870,<sup>38</sup> (el equivalente al 552 VCP), de unas conductas en las que, expresamente en la Sentencia de 1923 y claramente en la de 1922, no se veía por ningún lado el menor peligro de propagación.

En la de 1922 los hechos pueden resumirse diciendo que se trató del "incendio" de un pajar situado en despoblado y que ocasionó unos daños valorados en 1.448 pesetas. La Audiencia de Logroño entendió que el hecho de que el pajar estuviera en despoblado permitía calificar los hechos como delito de daños, aplicando los arts. 576 y 577, por remisión del 571, todos ellos del CP de 1870.<sup>39</sup> El Ministerio Fiscal recurrió, y el TS le dio la razón:

"...estos hechos constituyen un delito de incendio comprendido en el artículo 570 del Código penal, en méritos a que el daño causado excede de 500 y no pasa de 2.500 pesetas, y se trata de casos no comprendidos en

---

<sup>38</sup> Vid. *supra* epígrafe I.6.5.

<sup>39</sup> El artículo 571 del CP de 1870 es el equivalente al 553 VCP, sólo varía la cuantía del valor del objeto a partir de la que operaba la remisión a los delitos de daños. Vid. *supra* epígrafe I.6.5.

Artículo 576: (Dentro ya del Capítulo VIII, "De los daños"), "Serán castigados con la pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio los que causaren daños cuyo importe excediere de 2.500 pesetas: ... 4º En cuadrilla o despoblado."

Artículo 577: "El que con alguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, causare daño cuyo importe exceda de 50

los artículos anteriores,...y excede de la cantidad de 250 pesetas señalada en el art.571...".

Con idéntico fundamento la Sentencia de 1923, esta vez con referencia expresa a la inexistencia de peligro de propagación, entendió:

"Que el acto de incendiar una majada, que es un albergue rústico donde se recoge de noche el ganado, merece la calificación delictiva del artículo 570 del Código penal y no la del artículo 571, en que el perjuicio causado no debe pasar de 250 pesetas".

Así mismo, más recientemente, la STS de 19-05-1981, frente al hecho de pegar fuego a una máquina excavadora que se encontraba en despoblado a tres kilómetros del pueblo, y que ocasionó unos daños superiores a los diez millones de pesetas, no aplicó el art.553 VCP, que, como sabemos, nos remitía a los daños, sino que calificó el hecho como incendio del 552 (cosas no comprendidas en los artículos anteriores), debido exclusivamente a que los daños superaron las 50.000 pesetas de límite que establecía el citado art. 553 VCP.

Lo que ha ocurrido es que hasta las presentes consideraciones, nuestra lectura de este artículo 553 y de sus equivalentes en los Códigos penales anteriores, había sido parcial:

---

pesetas, pero no pase de 2.500, será castigado con la pena de arresto mayor."

"En caso de aplicarse el incendio a chozas, pajares o cobertizos deshabitados o a cualquier otro objeto...en tiempo o con circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación, el culpable no incurrirá en las penas señaladas en este capítulo, pero sí en las que mereciere por el daño que causare con arreglo a las disposiciones del capítulo siguiente".

Esta misma lectura parcial, aunque en algunos casos hayan transcrito el artículo entero, es la que parecen haber realizado numerosos autores,<sup>40</sup> lo cual les permitía mantener

---

<sup>40</sup> Ejemplificador es el comentario que realiza Groizard del artículo 571 del CP de 1870 (el equivalente al citado 553 VCP), y que por su significación he preferido transcribirlo en este momento y no *supra* en el epígrafe I.6.5 donde trate de este precepto y los relacionados con el mismo en el CP de 1870:

"Pocas disposiciones hallarán más cumplida justificación que la que el artículo entraña. El que incendia un objeto, de tal suerte aislado, que por su situación se localizan los efectos del fuego, salvando el peligro de propagación a otros objetos más o menos inflamables o lejanos, en realidad no ejecuta un acto de tal gravedad que su represión exija las sanciones reservadas para los reos comprendidos en el presente capítulo. Quien de aquel modo obra, ya quemando, por ejemplo, un cobertizo, una choza abandonada, un árbol aislado, un banco de madera en el centro de un paseo, será responsable según la cuantía del perjuicio que infiera y sufrirá un castigo mayor o menor que el legislador determinará en el capítulo destinado a tratar de los daños." GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870 ..., t. VIII, op. cit., p. 77.

En esta línea de extraer del artículo 553 que el peligro de propagación es el elemento diferenciador entre incendios y daños, sin fijarse en el límite cuantitativo que el mismo establece, se manifiestan también: BAJO FERNANDEZ, M.: Manual de Derecho penal, Parte especial ..., op. cit., p. 360; GONZALEZ GUITIAN, L.: "La nueva regulación del delito de incendios forestales", en Estudios Penales en memoria del profesor Fernández-Albor, Santiago de Compostela, 1989, p. 373 en nota a pie de página; MONTORO PUERTO, M.: "La regulación legal del delito de incendio a través de los artículos 551-552 del nuevo Código Penal", en RGD, núm. 17, año 1946, p. 66; PUIG PEÑA, F.: Derecho penal, Parte especial, 7ª ed.,

que el peligro de propagación constituía el elemento diferenciador entre incendios y daños.<sup>41</sup>

Sin embargo, es significativo el silencio con el que otros autores han pasado sobre este artículo 553 VCP, y es que, aunque de *lege ferenda* habría sido deseable que el peligro de propagación hubiera aparecido expresamente en la Ley como elemento definidor de los incendios, para de esta forma poder justificar más fácilmente su naturaleza jurídica de delitos de

---

Madrid, 1988, p. 657; y SERRANO GONZALEZ de MURILLO, J.L.: "Consideraciones Generales sobre los delitos de incendio", en CPC, nº51, pp. 831 y 832. No obstante este último autor, en un artículo posterior, al tratar específicamente de la relación entre los artículos 552 y 553 VCP, señala el obstáculo que para tal entendimiento representa el valor límite del objeto que fija el artículo 553. Vid. SERRANO GONZALEZ de MURILLO, J.L.: "Las modalidades típicas de incendios "comunes" en el Código penal español", en CPC, núm. 54, 1995, p. 1106.

<sup>41</sup> No obstante Polaino Navarrete, comentando el artículo 553, después de referirse al peligro de propagación como criterio demarcador de ambas esferas típicas (incendios y daños), matiza que:

"... en todo caso, el diverso medio de producción del resultado material (se refiere al fuego) determina básicamente la tipicidad respectiva de incendio o de daño, sin perjuicio de que aquél a efectos de punibilidad se equipare a éste, dentro de los límites legales del tipo delictivo de referencia." Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., Delitos de incendio ..., op. cit., pp. 116 y 117.

Con lo que no queda clara la relevancia que este autor otorga al peligro de propagación, pues, pese a comenzar dándole relevancia, parece acabar diciéndonos que se estará ante un incendio aunque falte tal peligro, bastando con el hecho de que el fuego haya sido el medio destructor, y entendiendo la remisión que el artículo 553 VCP efectúa al Capítulo de los daños como una mera equiparación penológica.

Quintano, por el contrario, estima que la ausencia de peligro de propagación hace: "... muy dudoso... que científicamente sea correcta su consideración de delitos de incendio...". QUINTANO RIPOLES, A.: Comentarios al Código penal, 2ª ed., Madrid, 1966, p. 1045.



peligro, lo cierto es que una lectura detenida de dicho artículo parece llevarnos justo a la tesis opuesta,<sup>42</sup> la de la innecesariedad de la constatación de un peligro de propagación del fuego para entender que nos hallábamos ante un incendio. El peligro de propagación no puede mantenerse como característica general del concepto penal de incendio en el anterior Código porque la limitación a 50.000 pesetas, como valor máximo del objeto, que establecía el art. 553 para su aplicación, tiene la consecuencia lógica de la calificación como incendio de aquellos casos en los que pese a estar ausente el peligro de propagación, el valor del objeto era superior a la mencionada cantidad.<sup>43</sup>

Efectivamente, parece que el mismo artículo que nos había permitido defender la necesariedad del peligro de propagación como elemento del concepto de incendio, es el que, leído detenidamente, se convierte en el mayor obstáculo para seguir manteniendo dicha conclusión.

Sin embargo, todas las anteriores referencias al peligro de propagación como característica definidora de los incendios, y

---

<sup>42</sup> Vid. RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.: Derecho penal, Parte especial, tomo II, Madrid, 1949, p. 444.

<sup>43</sup> Vid. GONZALEZ RUS, J.J.: Manual de Derecho penal, Parte especial, II ..., op. cit., p. 378; RODRIGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>.: Derecho penal español, Parte especial, 18<sup>a</sup> ed., op. cit., p. 393; y SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.: Los delitos de incendio, op. cit., p. 33.

a la vez diferenciadora de los daños, parecen cargadas de sentido;<sup>44</sup> es por esto que, no pudiendo negar la desafortunada referencia del artículo 553 VCP a objetos cuyo valor no excediera de 50.000 pesetas, se va a intentar una interpretación del mismo que nos permita seguir manteniendo la pertenencia al concepto penal de incendio del, tan citado, peligro de propagación.

Lo que debamos entender por "peligro de propagación" es algo muy relativo; peligro de propagación ¿a qué?. Parece que normalmente se entiende el peligro de propagación como el peligro de que el fuego alcance otros objetos distintos de aquellos a los que inicialmente se haya comunicado el fuego;<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Vid. GONZALEZ RUS, J.J.: Manual de Derecho penal. Parte especial, II ..., op. cit., p. 378.

<sup>45</sup> No obstante se hace preciso aclarar que ese comunicar el fuego a un objeto ya se denomina a veces propagación. Ilustrativas en este sentido son las siguientes palabras de González Güitíán:

"Probablemente el origen de la confusa cuestión del momento consumativo resida en el empleo del término *propagación*, que se utiliza indistintamente para describir dos momentos distintos: se habla de propagación cuando el fuego pasa a la cosa que se quiere incendiar y prende en ella; se habla de propagación, también, cuando el fuego ya ha prendido en la cosa y se extiende por ella. La consumación del delito de incendio exige sólo propagación en el primer sentido; en lo que hace referencia al segundo sentido o momento del iter incendiario, sólo se exige la posibilidad. Dicho de otra forma, el incendio se consuma cuando el fuego se propaga al objeto a incendiar y prende en él, comenzando su combustión autónoma, con posibilidad de propagarse por él". GONZÁLEZ GÜITIÁN, L.: "La nueva regulación del delito de incendios forestales", op. cit., p. 375.

pero esto también es relativo, ya que puede depender de cómo configuremos las cosas; por ejemplo, un monte ¿es un único objeto?, o ¿es un conjunto de árboles?.<sup>46</sup> En cualquier caso, la delimitación de un monte suele venir dada por criterios ajenos a la realidad geográfica, así, en una misma elevación del terreno o en una misma tierra inculta y cubierta de árboles, arbustos o matas,<sup>47</sup> pueden "existir" varios montes en función de las distintas personas, públicas o privadas, a quienes pertenezcan.

---

La diferencia que en las páginas siguientes voy a defender entre dos clases de peligro de propagación pertenece a la segunda forma de entender la propagación según las palabras de González Güitián; lo que evidentemente, y en la medida en la que tal distinción la efectuaré en aras a determinar el concepto penal de incendio, tendrá repercusiones en la determinación del momento de la consumación de estos delitos, si bien esa es una cuestión posterior a la determinación del concepto.

<sup>46</sup> Tal relatividad no creo que sea en absoluto diferente cuando hablamos del incendio de cualquier otra cosa distinta de un monte o un bosque.

De opinión contraria, apreciando peculiaridades relevantes en el entendimiento de la propagación del fuego cuando afecta a espacios forestales, se muestran: GONZÁLEZ GÜITIÁN, L.: "La nueva regulación del delito de incendios forestales", op. cit., pp. 374 y 375; y SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.: Los delitos de incendio, op. cit., pp. 106 y ss. y 150 y ss. Lo que inevitablemente tiene repercusiones en el tratamiento que ambos autores dan al supuesto relativo al prendimiento de fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos (artículos 553 bis c) VCP y 354.1 NCP).

La única diferencia que entiendo se da, en orden a poder hablar de propagación, entre el incendio de un bosque y el de, por ejemplo, un edificio, es la mayor evidencia con la que captamos los elementos del bosque como individualidades.

<sup>47</sup> Esta es la definición que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se da a la voz "monte".

Pues bien, hacer depender la existencia del peligro de propagación del hecho de cómo se configuren y entiendan los objetos a los que se prende fuego no me parece lo más acertado, sobre todo si de la apreciación de un tal peligro se pueden derivar responsabilidades penales.<sup>48</sup>

Así las cosas, creo que una vía de solución del problema puede venir por la profundización en el concepto de propagación. Propagación que en el diccionario se nos define como acción de extender, dilatar o aumentar.

No cabe duda que la singularidad de los incendios frente a los daños se debe al medio empleado en la destrucción: al fuego;<sup>49</sup> pero esta elección del fuego como medio destructor que desde el Derecho penal lleva en ocasiones a diferenciar entre

---

<sup>48</sup> Esto es lo que de forma clara ocurría con el artículo 569 del CP de 1870:

"Cuando en el incendio de mieses, pastos, montes o plantíos hubiera habido peligro de propagación, por hallarse otros contiguos a los incendiados, se impondrá la pena superior en un grado de la correspondiente al delito."

Es decir, se hacía depender el subir la pena en un grado de algo tan arbitrario como que unos árboles formen o no parte de una misma propiedad; así, el TS en su Sentencia de 28-03-1887 rechaza el recurso del Ministerio Fiscal que solicitaba la aplicación del anteriormente citado artículo 569, porque:

"... no se dice si las olivas...a las que alcanzó el fuego eran de alguna propiedad contigua o estaban enclavadas dentro del mismo terreno donde el criminal prendió fuego".

<sup>49</sup> En este sentido se manifiesta la STS de 12-07-1984; si bien entiende que se trata de delitos de peligro potencial, por considerar que no se precisa la constatación en cada caso concreto de la existencia real del peligro.

los daños ocasionados por él y los ocasionados por otros medios, no debe ser una elección arbitraria, la naturaleza del fuego es lo que debe permitir la distinción señalada.

El fuego normalmente "cobra vida" una vez despertado y, también normalmente, llegado determinado momento la vida que cobra se independiza de la intención destructiva inicial de su autor, aunque pueda coincidir. Esta dinámica propia del fuego es la que puede darnos la respuesta al porqué de la redacción del artículo 553 VCP.

Si nos fijamos bien, todas las referencias que los distintos artículos dedicados a los incendios efectuaban a cuantías, eran referencias al valor del daño causado. En la calificación como incendio podemos entender que se penaba la parte que esos tipos tenían de naturaleza de peligro, y en función de la cuantía del daño causado, su parte de naturaleza de lesión. Sin embargo, el artículo 553 cuando hablaba de las 50.000 pesetas (único artículo del VCP que recurría a tal cantidad), lo hacía refiriéndose, no a la cuantía del daño ocasionado, sino al valor del objeto al que se había aplicado el fuego.

Si conectamos lo visto acerca de la relatividad del concepto de propagación, con esta referencia al valor del objeto "incendiado" que hacía el artículo 553, y con la exclusión de todo peligro de propagación que preveía también

dicho precepto, podemos extraer la conclusión de que la razón que existía para calificar de incendio la destrucción mediante el fuego de un objeto de valor superior a las citadas 50.000 pesetas, pese a parecer que no había peligro de propagación, es que sí se daba algún tipo de dicho peligro.<sup>50</sup>

Cuando el 553 hablaba de que estuviera excluido todo peligro de propagación, podemos entender que se refería a todo peligro de propagación a bienes distintos de aquél al que inicialmente se comunicó el fuego.

Y cuando establecía el límite de las 50.000 pesetas, a partir del cual no surtía efecto la remisión al Capítulo de los daños, podemos entender que el Legislador estaba dando relevancia, cuando el objeto al que se comunicaba el fuego valía más de la citada cantidad, a ese poder de propagación que normalmente suele llevar a la completa destrucción del objeto, y que, a partir de la posibilidad de ocasionar perjuicios superiores a dichas 50.000 pesetas en virtud de la

---

<sup>50</sup> Aunque sin referirse específicamente al artículo 553 VCP, sino en general a los delitos de incendio, o precisamente por ello, son muy significativas las siguientes palabras de Bajo Fernández:

“El riesgo de propagación, que para algún autor es indiferente en la mayor parte de los casos, es exigible no sólo cuando el incendio se caracteriza como delito de peligro para la seguridad colectiva, sino también en los supuestos en que se presenta como delito de daño cualificado, porque precisamente el riesgo -implícito en el incendio- de propagación a otros bienes explica el trato más severo que la Ley le concede respecto de otros resultados de daños”. BAJO

mencionada eficacia destructiva del medio empleado, se consideraba de la suficiente entidad como para diferenciarlo del mero delito de daños.

Así, podemos entender que el legislador se basaba en dos tipos distintos de peligro de propagación para distinguir los incendios de los daños; el primero sería el peligro de propagación a otros bienes, en el cual, ni la cuantía del daño ocasionado ni el valor de los objetos, con la salvedad que se propondrá, tenían relevancia en orden a la calificación jurídica de incendio; el segundo, en cambio, podríamos calificarlo como "peligro de propagación interno", es decir, se trataría de una referencia al poder intrínseco que normalmente tiene el fuego para destruir la totalidad del objeto al que se aplica. En este segundo supuesto, el legislador habría entendido que daños por valor de hasta 50.000 pesetas podrían ser ocasionados con facilidad por cualquier otro medio distinto del fuego, y por tanto, no existiendo el peligro para otros bienes, no habría inconveniente en su calificación como daños. En cambio, en el supuesto de que el objeto tuviera un valor superior a esas 50.000 pesetas, y dado que el fuego sería capaz de destruirlo en su totalidad, la diferencia con los daños se haría

palpable, y, en consecuencia, justificadora de la calificación jurídica de incendio para tales conductas. A esto debe añadirse que se trata (el fuego) de un arma que está en manos de todos.<sup>51</sup>

---

cit, p.360.

<sup>51</sup> Expresamente en este sentido se pronunciaba ya la exposición de motivos que precedía al Proyecto de CP de 1834. Vid. *supra* epígrafe I.4.3.

Significativas a este respecto son las palabras que Pacheco dedicó a los delitos de estragos del artículo 471 del CP de 1850, literalmente idéntico al 460 del CP de 1848, y que decía así:

"Incurrirán respectivamente en las penas de este capítulo los que causen estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o máquina de vapor, y en general por la aplicación de cualquier otro agente o medio de destrucción tan poderoso como los expresados".

Refiriéndose al mismo comentó Pacheco que:

"Los medios de criminalidad contenidos en este artículo, no son tan fáciles como el incendio, ni se ven tan comúnmente en el mundo". PACHECO, J.F.: El Código penal ..., t. III, op. cit., p. 405.

Por desgracia, unas décadas después Groizard afirmaba que:

"Ante los efectos de las materias explosivas como instrumentos de destrucción de personas y de cosas, el incendio ha perdido su legendaria importancia". GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870 ..., t. VIII, op. cit., p. 5.

Con todo, el fuego sigue teniendo en nuestra sociedad a día de hoy una alta potencialidad destructiva, y sigue siendo con diferencia el medio destructor de más fácil acceso para la generalidad de las personas.

Las anteriores afirmaciones de Pacheco resultan más reveladoras todavía, en orden a la distinción que he propuesto entre un peligro de propagación interno y otro externo, si tenemos en cuenta que el precedente directo del artículo 553 VCP se encuentra en el artículo 459 del CP de 1848 (470 del CP de 1850), precepto sobre el que el propio Pacheco efectuó interesantísimas observaciones que fueron objeto de comentario *supra* en los epígrafes I.5.6 y I.5.7. Observaciones que venían referidas conjuntamente al artículo 458 del CP de 1848 (469 del CP de 1850), equivalente al 552 VCP, y que, aunque parecían decirnos que no se requería peligro de propagación para el tipo básico de incendio - que ya desde aquellos Códigos se entendía que era el equivalente



Desde estas premisas, en aquellos supuestos en los que, pese a que el valor del objeto fuera muy superior a las 50.000 pesetas, por la naturaleza del objeto o por cualquier otra circunstancia no existiera el peligro de que el fuego ocasionara al mismo daños por cuantía superior a dicha cantidad, no deberíamos calificar tal hecho como incendio. Esto se justificaría, de nuevo, en el hecho de considerar que la razón de la previsión legal del art. 553 VCP se encontraba en la consideración del absoluto poder destructor del fuego sobre el objeto al que se aplica; y no siendo así en el caso concreto, al no poder sobrepasar los daños el límite de las 50.000 pesetas, no sería lógico considerar tal acción como incendio.

Llegados a este punto, y aunque antes se dijo que cuando había peligro de propagación a otros bienes, el valor de los objetos que pudieran arder no era relevante; tampoco sería lógico estimar la existencia de incendio cuando, pese a darse tal peligro, el total de los daños que se hubieran podido ocasionar por la quema de todos esos bienes a los que el fuego

---

al recogido en el artículo 552 VCP-, realmente lo que se ponía de manifiesto era que se trataba de una ausencia de peligro de propagación distinta cuando se hablaba de los equivalentes al 552 VCP que cuando se aludía a los preceptos concordantes con del 553 VCP.

pudiera haberse propagado, no sobrepasara el límite de las 50.000 pesetas.

De esta forma el peligro de propagación se constituye en un elemento absolutamente necesario para poder calificar cualquier fuego como incendio.<sup>52</sup>

Ahora ya se puede aventurar una definición, lo más completa posible, del incendio penalmente relevante en nuestro anterior Ordenamiento penal:

**"Fuego que, independientemente de su magnitud, ponga en peligro la vida, salud o integridad física de las personas; o que por el peligro de propagación a otros bienes o por el valor del bien al que inicialmente se haya comunicado, pueda ocasionar daños superiores a 50.000 pesetas."**

Está claro que este concepto de incendio, con referencia a una cuantía,<sup>53</sup> no es el deseable, si bien, dada la regulación

---

<sup>52</sup> Con anterioridad se dijo no compartir el entendimiento como incendio que hacía Morillas Cueva respecto de los fuegos aplicados directamente sobre las personas; la innecesariedad de un peligro de propagación como elemento integrante del concepto de incendio que defendía el citado autor era, como se señaló, una de las premisas esenciales para poder defender aquella postura. Cfr. MORILLAS CUEVAS, L.: "La circunstancia agravante de incendio y su ámbito de aplicación", op. cit., pp. 361 a 363.

<sup>53</sup> Respecto a la incorporación de un límite cuantitativo por el artículo 553 VCP, es significativa la opinión de Polaino Navarrete al comentar dicho artículo: "...debe consignarse que carece de sentido, sobre la base de la aceptación del criterio normativo indicado, (se refiere a la existencia o no de peligro de propagación), el recurso positivo al establecimiento de límites aritméticos, que incesantemente revelan, en un ámbito de manifestación de índole naturalística, las discordancias de las valoraciones normativas y las evaluaciones económicas, precisadas de

positiva de estos delitos en el VCP, y sobre todo, dada la redacción de su artículo 553, es la única que creo capaz de poder ser aplicable a la totalidad de los artículos en los que el VCP aludía a los incendios, y a la vez, de resaltar la naturaleza fundamental de peligro que, como se ha podido ver, tienen estos delitos.

### **3 - El concepto penal de incendio en el NCP**

Tras las afirmaciones vertidas en el primer epígrafe de este Capítulo, tendentes a anteponer las semejanzas a las diferencias entre el VCP y el NCP en materia de delitos de incendio, y tras el concepto de incendio que acabo de defender se desprendía de la regulación que de tales delitos se efectuaba en el VCP, se comprenderá que el concepto que voy a proponer a continuación no puede diferir en exceso del aplicable bajo la anterior regulación. Y así efectivamente es, aunque atendiendo a la literalidad del mismo pueda parecer en un primer momento otra cosa.

---

incesantes y siempre aproximativos procesos de revisión actualizadora." POLAINO NAVARRETE, M., Delitos de incendio..., op. cit., p. 117.

Así, tras todas las cuestiones tratadas en este trabajo, creo estar en condiciones de afirmar que el concepto de incendio que mejor se ajusta a la vigente regulación penal de los delitos de incendio es el siguiente:

**"Fuego del que, con independencia de su magnitud, se derive un peligro de propagación que le dote de una capacidad de destrucción superior a la del resto de medios ordinarios".**

Comparando este concepto de incendio con el del VCP, encontramos dos "mejoras" directas, mejoras en el sentido de dar solidez al concepto.

La primera, la ausencia de una conceptualización alternativa a la que hemos visto obligaba la anterior regulación casuística,<sup>54</sup> considerando como incendio por un lado los fuegos que pusieran en peligro a las personas, y por otro

---

<sup>54</sup> Conde-Pumpido entiende que acomodándose al texto legal vigente se puede mantener como definición de delito de incendio:

"... el hecho de poner fuego en las cosas propias o ajenas y a consecuencia del cual existe un riesgo de propagación o un peligro para la vida o integridad de las personas". CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura. Parte especial, vol. II, Madrid, 1997, p. 19.

Obsérvese no obstante que lo que define no es un incendio sino un delito de incendio. En ese sentido no sólo sería necesario aludir al peligro para la vida e integridad de las personas, sino que también sería necesario dejar constancia de los otros bienes jurídicos que se deberán poner en peligro como consecuencia del peligro de propagación del fuego; además, parece que cuando el fuego lo que pone en peligro es la vida o integridad de las personas no es necesario que lo sea como consecuencia de su peligro de propagación. Ya se ha visto que no es ese el entendimiento se defiende en este trabajo.

aquellos fuegos cuyo peligro de propagación reuniera los requisitos que se indicaron. No obstante debe recordarse que se excluía de la calificación de incendio aquel fuego que se aplicase directamente sobre los cuerpos o ropas de las personas, siempre que sólo ellas resultaran en peligro o lesionadas. Tal exclusión llevaba a que en la práctica también el peligro de propagación fuera elemento de los fuegos que afectaran sólo a las personas, si bien no necesariamente el mismo debía ser capaz de ocasionar daños por valor superior a esas 50.000 pesetas que establecía como límite el artículo 553 VCP.

La segunda "mejora" entiendo que es la ausencia de una referencia a cuantías dentro del concepto, referencia que se ha reconocido como un defecto necesario derivado de la anterior regulación. Si bien, la diferencia entre un peligro de propagación interno y otro externo, entre los que era frontera la cuantía que figuraba en el anterior concepto ha dejado mella en la actual regulación a la hora de distinguir un fuego de un incendio.<sup>55</sup> Así lo revela el requisito de que se trate de un fuego con una capacidad de destrucción superior a la de cualquier otro medio del que cotidianamente podemos

---

<sup>55</sup> Esta es la principal virtualidad que se ha derivado del trabajo dedicado a extraer el concepto de incendio según la anterior regulación.

servirnos para ocasionar destrozos, como pueda ser una hacha, una maza, cualquier otro objeto contundente,...

La capacidad destrucción que quepa atribuir a un medio ordinario, y por tanto la calificación del mismo como ordinario, es una cuestión que queda abierta y que habrá que valorar en cada momento y en cada situación concreta; por ello he entrecomillado la calificación de mejora que he otorgado a la desaparición de la referencia a una cuantía en el concepto de incendio. La mejora, al sustituir la cuantía por la referencia a que se trate de un medio de destrucción ordinario, he señalado se debe entender referida a la solidez del concepto en tanto que concepto; pero de cara a la seguridad jurídica no parece que se pueda calificar como tal mejora, no obstante no creo posible extraer más concreción desde el concepto de incendio penalmente relevante.

Por otro lado, en la medida en la que la capacidad de destrucción del fuego para poder ser considerado incendio debe provenir de su peligro de propagación,<sup>56</sup> interesa recordar el

---

<sup>56</sup> Es esta exigencia la principal razón que hace que no resulte útil a efectos penales el concepto jurídico de incendio que nos brinda el párrafo segundo del artículo 45 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, reguladora del contrato de seguros, el cual dice así:

"Se considera incendio la combustión y el abrasamiento con llama, capaz de propagarse, de un objeto u objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y momento en que se produce".

entendimiento del peligro que se ha mantenido páginas atrás. Así, para determinar el alcance del peligro de propagación del fuego se deberá atender a todas las particularidades de la situación en la que éste haya hecho acto de aparición: naturaleza de los materiales sobre los que esté actuando el fuego,<sup>57</sup> proximidad de otros materiales combustibles, viento, medidas de seguridad contra incendios, personas cercanas, ...

---

En tanto que habla de capacidad de propagación, que no de peligro de propagación, tal capacidad de destrucción del fuego podrá ser también la que derive de un fuego controlado, de una quema como veremos en las páginas siguientes.

<sup>57</sup> En relación con la naturaleza de estos materiales, y recordando la referencia que en el concepto de incendio de la Ley del seguro se efectúa a las llamas, conviene hacer una mención a la posibilidad de que el fuego constitutivo de un incendio pueda cursar sin las mismas. De entrada conviene transcribir las dos primeras acepciones de la voz "fuego" que encontramos en el diccionario de la Real Academia: 1 - "Calor y luz producidos por la combustión", y 2 - "Materia encendida en brasa o llama". Así se puede entender mejor que la mayoría de la doctrina, se incline por considerar indiferente que el fuego curse con llamas o sin ellas. Vid. por todos RODRÍGUEZ DE VESA, J.M.<sup>a</sup>. y SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal Español, Parte Especial, 18<sup>a</sup> ed., op. cit., p. 393, (donde se cita en apoyo de tal tesis a Bindig). No obstante tal posición venía referida a la regulación del VCP, por eso es interesante ver cómo algunos autores que refiriéndose a la anterior regulación expresamente admitían la posibilidad de incendios sin llamas, cuando nos hablan desde el entendimiento de los incendios que posibilita el NCP, no es que nieguen tal posibilidad, sino que omiten referirse a la misma. Tal es el caso, por ejemplo, de SÁINZ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.: Los delitos de incendio, op. cit., pp. 31 a 36; y de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: "Consideraciones generales sobre los delitos de incendio", op. cit., p. 831, por lo que se refiere al VCP, y en: "Los delitos de incendio en el nuevo Código penal", op. cit., pp. 829 y ss., en referencia al NCP.

A este respecto creo interesante señalar que tal omisión en las referencias al entendimiento del concepto de incendio aplicable al NCP, no tiene por qué suponer la exclusión de la posibilidad de incendios sin llamas, lo que ocurre es que afianzado el peligro de

La presencia de personas en las inmediaciones de un fuego es un factor que cobra especial relevancia desde las premisas que se han sustentando, y ello en tanto que a veces harán que el incendio sea típico por ponerlas en peligro (artículo 351 NCP), mientras que otras veces puede que lo que hagan sea que no se pueda llegar a hablar de incendio, sino de mero fuego. Y ello en la medida en la que un fuego incontrolado, pero controlable antes de que su peligro de propagación le dote de la capacidad de destrucción indicada, no será todavía

---

propagación del fuego como elemento esencial del concepto de incendio será más difícil encontrar objetos que no sólo ardan sin llama, sino que además adquieran tal peligro de propagación; caso de encontrarnos ante un supuesto en el que ello sea así entiendo que no se le podrá negar la consideración de incendio a efectos penales. Tal vez un supuesto de incendio (por tanto de fuego con una determinada capacidad de destrucción derivada de su peligro de propagación) sin llamas lo podamos encontrar en los incendios que afectan al mantillo (zona horizontal situada inmediatamente debajo de la corteza terrestre, caracterizada por ser el lugar de máxima acumulación orgánica), o subsuelo de las zonas forestales. No obstante tales incendios, con gran capacidad para regenerarse, y por tanto muy difíciles de extinguir, requiere de un incendio previo en la superficie que haya elevado considerablemente la temperatura del subsuelo, incendio que sí habrá cursado con llamas. (Cfr. LUIS TURÉGANO, J.V.: Manual de incendios forestales..., op. cit., p. 116; y MORENO MOLINA, J.A.: La protección ambiental de los bosques, Madrid, 1998, p. 139).

Otro supuesto puede ser el de aquellos materiales en cuya combustión aunque no se desprendan llamas, o éstas sean muy escasas, sí que se genera un intenso humo (lo que será relevante no tanto para entender que estamos ante un incendio sino para una vez afirmado éste valorar la posible consumación de algún tipo que requiere peligro para las personas), y cuya combustión es además muy difícil de detener, razón esta última por la cual podríamos entrar a valorar si la capacidad de destrucción de tal fuego es o no superior a la de otros medios ordinarios con los que se pudieran destruir objetos formados por tales materiales. Piénsese, por ejemplo, en gomas de neumáticos.



incendio. En ese intervalo las personas cercanas pueden intervenir impidiendo que el fuego llegue a adquirir tal peligro de propagación, y por tanto que se convierta en un incendio a efectos penales.<sup>58</sup>

En esta misma línea hay que recordar que el entendimiento del peligro defendido anulaba las diferencias entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, haciendo por tanto también irrelevante que las referencias al peligro fueran explícitas o no en los tipos penales. Y ya se ha visto que tanto en el VCP como ahora en el NCP, el peligro forma parte del concepto de incendio. Si bien, centrándonos en la

---

<sup>58</sup> En este sentido se pueden entender las palabras de la STS de 18-06-1979, cuando alude al mayor peligro de propagación del fuego que representa el haber prendido el mismo en un local en horas nocturnas "... sin gente en su interior que pueda evitar al menos de momento la transmisión de las llamas".

En otro orden de cosas, pero íntimamente relacionado, Feijoo Sánchez admite expresamente la posibilidad de un incendio controlado y dominado por el autor para que sólo afecte a un número determinado de personas. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., en AAVV: Comentarios al Código penal, bajo la dirección de Rodríguez Mourullo, Madrid, 1997, pp. 972 y 973.

Asimismo es necesario poner en relación estas referencias a la posibilidad de control del fuego impidiendo el que podamos hablar de incendio con la cuestión de la relevancia del desistimiento, y ello en la medida en la que si no podemos hablar de incendio, menos todavía podremos hacerlo de consumación de delito de incendio alguno. Por otro lado también es posible con el concepto de incendio que se está defendiendo que nos encontremos con un fuego de muy escasas dimensiones, pero que por su peligro de propagación ya podamos considerarlo incendio, en cuyo caso ya no habría lugar a desistimiento alguno. Vid. respecto de esta última referencia MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 591.

regulación de los incendios vigente,<sup>59</sup> el hecho de encontrarnos ante un fuego que podamos calificar de incendio con arreglo al concepto propuesto precisamente por alcanzar el peligro de propagación requerido, no significa todavía que estemos ante un delito de incendio. Para que el supuesto sea típico será necesario además que concurran el resto de los requisitos de alguno de los tipos penales que regulan esta materia. En especial, evidentemente, se deberá prestar atención a los bienes jurídicos que cada tipo pretenda proteger y que no necesariamente se verán puestos en peligro, ni mucho menos lesionados, por la mera presencia del peligro de propagación que convierte un fuego en incendio.

Así, por ejemplo, el fuego aplicado a bienes propios, sin ánimo de defraudar o perjudicar a terceros, y del que derive un peligro de propagación que nos permita hablar de incendio, pero que no llegue a poner en peligro a ninguna persona ni tan siquiera exista la posibilidad de que se extienda a edificio, arbolado o plantío ajeno no integrará tipo alguno.

---

<sup>59</sup> Por lo que se refiere al VCP, al haber extraído el concepto teniendo en cuenta la regulación casuística de la regulación que de los delitos de incendio se efectuaba, y recordando que existía un tipo de recogida, es lógico que todo fuego que cumplimentara el concepto de incendio propuesto bajo tal regulación integrara también un supuesto típico de incendio. A ello respondía la consideración de conceptualización alternativa a la que se ha hecho referencia hace un momento en el texto.

También es posible que estemos en presencia de un fuego constitutivo de incendio y que el mismo integre un tipo delictivo, pero que éste no se encuentre en sede de delitos de incendio. Esto es lo que sucederá cuando el fuego que haya adquirido la condición de incendio se hubiera aplicado a bienes ajenos, por ejemplo un edificio, y siempre que esté ausente todo peligro para las personas. Tales supuestos no integran ningún delito de incendio bajo la actual regulación, debiendo ser tratados como delitos de daños.<sup>60</sup>

Tan sólo encontramos en el Código vigente un supuesto en el que el fuego aplicado a bienes ajenos, y sin peligro para las personas, tiene un trato diferente en la medida en la que

---

<sup>60</sup> Ya se denunció con anterioridad (*vid. supra* epígrafe II.1) cómo en la tramitación parlamentaria de los delitos de incendio que integran el Código vigente, y al hilo de la discusión de determinadas enmiendas (fundamentalmente la 1.024), se intentó hacer ver que los incendios de bienes ajenos que no comportasen peligro para las personas tenían una previsión específica en sede de daños, y cómo ello no era así en absoluto. Pues bien, si a esto le añadimos que la regulación del incendio de bienes propios se ha mantenido en términos muy similares a la anterior regulación (*vid. supra* epígrafe II.8), se comprenderá por qué bajo la actual regulación penal el incendio por imprudencia grave del coche de uno situado a las puertas de un chalet sin personas dentro es constitutivo de delito del artículo 358 en relación con el 357, ambos del NCP; mientras que si tal imprudencia grave lo que ha llevado es a incendiar el coche de un amigo situado en el mismo lugar que antes, la conducta no sería típica (siempre que los daños ocasionados no hubieran superado los 10 millones de pesetas); y si en este último caso el incendio hubiera sido doloso, lo único que habría sería un delito de daños, delito que sería de incendio del artículo 357 de tratarse del primer supuesto donde el coche era el propio. Cfr. ORTS BERENGUER, E. y MORENO ALCÁZAR, M.A., en AAVV: Comentarios al Nuevo Código penal, op. cit., p. 1.643.

constituya incendio. Me estoy refiriendo al artículo 266, en cuando se refiere al incendio, y puesto en relación con los supuestos contemplados en el 265.<sup>61</sup> Por lo tanto estoy defendiendo la posibilidad de causar daños mediante fuego en algunos de los bienes enumerados en el artículo 265, y que pese a que los mismos asciendan por encima de las 50.000

---

<sup>61</sup> El que para aplicar este precepto, por lo menos en lo que al incendio se refiere, se deba encontrar ausente el peligro para las personas es algo que se defendió expresamente en la tramitación parlamentaria, donde se dijo que caso contrario tal supuesto integraría el tipo del artículo 351. (Vid. *supra*. epígrafe II.1).

En este sentido Quintero Olivares señala que la exigencia de peligro para la vida o integridad de las personas que aparece en el artículo 266 lo es de modo alternativo (es decir, para unas modalidades sí y para otras no), dado en el los supuestos de incendio se trata de una contingencia posible, y los estragos a los que se refiere dicho artículo 266 están configurados de forma distinta a los estragos del artículo 346, en los que tal peligro es requisito necesario. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., en AAVV: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., op. cit., pp. 594 y 595.

De incongruente califica Serrano González de Murillo el distinto tratamiento que se da a los estragos en los artículos 266 y 346 NCP, al parecer no requerirse en el primero de ellos la presencia de un peligro personal, ni por tanto en el supuesto de que los estragos lo fueran mediante incendio. Vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: "Los delitos de incendio en el nuevo Código penal", op. cit., p. 839.

De exigirse también la presencia de peligro para las personas en los supuestos de incendio del artículo 266 NCP, se establecería una relación de especialidad entre dicho supuesto y el contemplado en el artículo 351, que debería resolverse a favor del 266, pese a que sería difícil justificar el porqué de la menor pena que conlleva. Madrigal Martínez-Pereda entiende que se requiere tal peligro para ser coherente con los otros medios comisivos que contempla el precepto, y aprecia por tanto la relación de especialidad indicada. Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los daños", en Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia), bajo la coordinación de Serrano Butragueño, I., Granada, 1998, p. 1.314.

pesetas requeridas en tal precepto, no proceda aplicar el artículo 266 sino el 265. Ello será así, bien cuando a un tal fuego no haya acompañado un peligro de propagación con la capacidad de destrucción mínima para integrar el concepto de incendio, bien cuando no haya causado sus efectos como consecuencia de su peligro de propagación sino que se haya hecho uso del fuego de forma controlada.

Este hacer uso del fuego de forma controlada, y por tanto sin que se pueda hablar de un peligro de propagación del mismo, ni por tanto de un incendio, es también lo que va a permitir distinguir los supuestos de incendios forestales del supuesto contemplado en el artículo 332 NCP, en sede de delitos relativos a la protección de la flora y fauna, y que incluye entre sus verbos típicos el de quemar. Por cierto, el resto de modalidades de destrucción típicas que, junto a la de quemar, se incluyen en este precepto, e incluida esta de quemar, constituirían medios (modalidades) ordinarios de destrucción, a saber: cortar, talar, arrancar y recolectar. Lo cual nos puede servir de ejemplo para otros medios/modalidades que en otros ámbitos tengamos que comparar con el fuego, a la vez que pone de relieve cómo la consideración de un medio de destrucción como ordinario guarda cierta relación con el objeto que se pretenda destruir mediante el mismo.

La relación entre los delitos de incendios forestales de los artículos 352 y siguientes (incluidos los contemplados en el artículo 356 NCP referido al incendio de zonas de vegetación no forestales), y los artículos contenidos en los Capítulos III y IV del Título XVI del NCP, referidos respectivamente a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, y a los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, derivan del hecho incuestionable de ser los incendios forestales uno de los fenómenos que más puede alterar el equilibrio de los sistemas naturales, y por tanto el medio ambiente. En este sentido presenta especiales problemas la relación entre los artículos 353.3º y 330, ambos del NCP; así lo indica Silva Sánchez, quien, tras cuestionarse la razón del porqué de una mayor pena cuando se destruyen elementos de un espacio natural protegido mediante incendio que cuando la misma destrucción es producida mediante una tala, concluye entendiendo que la explicación puede hallarse en la dimensión de peligro común que comporta todo incendio, más allá de la estricta dimensión medio-ambiental.<sup>62</sup> Este mismo autor a continuación deja constancia de la innegable incidencia medio-ambiental que comporta la regulación del

---

<sup>62</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.: Delitos contra el Medio Ambiente, Valencia, 1999, p. 16.

artículo 332 NCP;<sup>63</sup> precepto en el que, como se sabe, entre otros verbos típicos se encuentran los de talar y quemar. Pues bien, siendo ello así, si ponemos en relación los delitos de incendios forestales, no ya con el artículo 330 (que también), sino con el 332, mediante la interpretación que he defendido de lo que debamos entender por quemar se pueden equiparar las conductas de talar y quemar, y a la vez distinguirlas de la de incendiar.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 17.

<sup>64</sup> No obstante no es esta una cuestión aceptada en la doctrina. Así, Prats Canut, aunque al comentar el artículo 332 NCP parece equiparar la tala y la quema al oponerlas a conductas como el tráfico de especies, con posterioridad, al comentar el artículo 353 NCP, considera que los problemas concursales entre el mismo y el artículo 332 (en cuanto a la quema se refiere) no tienen otra solución que la de acudir al precepto con mayor pena, que no es sino el 353, siempre que no derive el incendio un peligro para las personas, pues en tal caso la razón de acudir al 353 será por será su consideración como más específico. En definitiva, para los supuestos en los que no haga acto de presencia el peligro para las personas, no distingue entre quemar e incendiar. Cfr. PRATS CANUT, J.M., en AAVV: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., op. cit., pp. 933, y 982 y 983.

Por su parte, Hava García se limita a indicar que la conducta de quemar incluida dentro del artículo 332 NCP puede generar concursos con los delitos de incendio, apoyando tal entendimiento en los comentarios que el señor Sanz Escalera, diputado del Grupo Popular, efectuó en la Comisión de Justicia e Interior durante la tramitación parlamentaria del NCP. (Cfr. HAVA GARCÍA, E.: "Delitos relativos a la protección de la flora y fauna", en Derecho penal de Medio Ambiente, op. cit., p. 66). Efectivamente, tal diputado, como ya se dijo en su momento (*vid. supra* epígrafe II.7), opinaba que se debía eliminar la conducta de quemar por considerar que constituir un delito sustantivo de incendio; pero lo que no dice Hava García es que desde el Grupo Socialista el señor Barrero López dejó constancia de que la conducta de quemar a la que se alude en sede delitos relativos a la protección de la flora y fauna, no significaba que se estuviera necesariamente ante un incendio, pudiendo tratarse de una quema muy concreta y destinada

Una última prueba a la que necesariamente se tiene que enfrentar el concepto de incendio que he propuesto es su compatibilidad con la regulación del artículo 354 NCP. En este precepto no se habla de incendiar sino de prender fuego, si bien a continuación se requiere que no se haya propagado el incendio de los montes o masas forestales implicados en tal conducta. Es por ello que, en la medida en la que se está dando por hecho la presencia de un incendio,<sup>65</sup> las conductas de prender fuego e incendiar deben considerarse equivalentes en el contexto de este precepto.<sup>66</sup>

---

específicamente al fin de destrucción de un determinado hábitat. (Vid. igualmente *supra* epígrafe II.7). Dentro de este mismo epígrafe se encuentran más argumentos a favor del entendimiento de la conducta de quemar que se está defendiendo, en concreto al hilo del debate de la enmienda 781 al texto del Proyecto que se presentó al Congreso.

<sup>65</sup> Vid. *supra* epígrafe III.3.5, donde se comentó la significativa sustitución de "producirse" por "propagarse" en la tramitación parlamentaria del que acabaría siendo el artículo 553 bis c) VCP, hoy artículo 354.1 NCP.

Cfr. también GONZÁLEZ GÜITIÁN, L.: "La nueva regulación del delito de incendios forestales", op. cit., p. 374, donde afirma expresamente que en el párrafo primero del artículo 553 bis c) VCP se está ante un incendio consumado que el legislador "ha convertido" en una frustración de incendio forestal.

<sup>66</sup> No se está diciendo que prender fuego e incendiar sean conductas equivalentes, tan sólo se está diciendo que dado el tenor literal del artículo 354.1 que da por hecho que ha existido un incendio, ese prender fuego habrá sido, cuando proceda entrar a aplicar dicho precepto, un incendiar. Por lo tanto no se está defendiendo paladinamente la igualdad entre las conductas de prender fuego e incendiar, como cree haber entendido Sániz-Cantero Caparrós que Orts Berenguer/Moreno Alcázar mantienen. Vid. SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.: Los delitos de incendio, op. cit., p. 151, en nota al pie de página; y cfr. ORTS BERENGUER, E. y MORENO ALCÁZAR,



Pues bien, desde el concepto de incendio que he propuesto, la exigencia de que realmente se haya producido un incendio no entra en pugna con la ausencia de propagación que también requiere el precepto que se está comentando. Afirmado el peligro de propagación de un fuego con la capacidad de destrucción que se dijo, el que no se haya propagado, por ejemplo, más allá de uno o dos árboles, no será obstáculo para negar la presencia de un incendio.

Ahora bien, tratándose de ocasionar daños forestales se podría considerar como medio ordinario de destrucción, por ejemplo, una motosierra. Tal medio, sin duda, se debe poner en relación con un parámetro temporal, parámetro que podría venir acotado, entre otros factores, por el tiempo en el que se podría desarrollar la actividad destructora sin riesgo de ser descubierto. Tiempo que a su vez vendrá condicionado por el lugar donde se desarrolle la actividad delictiva.

Con ello, de nuevo se está poniendo de manifiesto la necesidad de atender a cada situación en concreto con la mayor especificidad posible; en este caso en orden a determinar la capacidad de destrucción de zonas forestales que se pueda conseguir con medios de fácil acceso. Así, sólo nos encontraremos en presencia de un incendio penalmente

relevante cuando el fuego supere tal capacidad derivada del caso concreto, sin necesidad por supuesto de que tal capacidad se actualice.

Por ello, a veces aunque el fuego sólo acabe afectando a un árbol podremos estar en presencia de un incendio, y otras, en cambio, pese a haber destruido una superficie relativamente importante puede que no se integre el concepto que se ha propuesto.<sup>67</sup> No obstante se debe aclarar que con el

---

1.639.

<sup>67</sup> No es nada extraño lo que estoy afirmando, piénsese en algunas de las SSTS que se comentaron *supra* en el epígrafe V.2.1, y en las que se vio cómo fuegos de muy pequeña magnitud no tenían problemas para integrar los correspondientes tipos de delitos de incendios, y por tanto de considerarse como incendios. Guardando cierta relación se puede citar en el extremo opuesto la STS de 27-01-1992, paradigmática, a mi juicio, de buen hacer en cuanto al tratamiento del peligro se refiere. El tratamiento que en esta Sentencia se dio a los hechos que enjuició rompe no sólo con la línea jurisprudencial mayoritaria que entendía como aspecto preponderante de los tipos de incendio de edificios (artículos 548 a 550 del VCP) el tratarse de delitos de peligro abstracto para las personas, sino que también rompe con una línea minoritaria que afirmaba expresamente la naturaleza de peligro concreto de tales tipos, aunque el tratamiento que se daba a los hechos enjuiciados en cada caso era el propio de su consideración como delitos de peligro abstracto. En esta Sentencia, y frente a la petición del Ministerio Fiscal de apreciar un delito de incendio del artículo 549.2 VCP, el TS casó la Sentencia de la Audiencia dando la razón al recurrente y condenando por incendio del artículo 552 VCP, tipo residual comentado ya en varias ocasiones. El TS comienza considerando probado el conocimiento por parte de los procesados de la ausencia de personas en el edificio de viviendas donde se produjeron los hechos, deduciendo de ello que no había lugar a plantearse la inclusión del supuesto en el artículo 548 VCP, pero sí en el 549.2 VCP, lo cual no es de recibo dada la referencia a la ignorancia de tal conocimiento que requiere este último precepto. No obstante ello, el TS centró su argumentación entre la procedencia de aplicar el 549.2 o el 552 en las circunstancias concretas del desarrollo de los acontecimientos, llegando a la

entendimiento del peligro que mantengo en la práctica será muy difícil encontrar supuestos en los que sólo unos pocos árboles resulten dañados por el fuego y a la vez se pueda afirmar el peligro de propagación del fuego con la capacidad destructiva requerida para dar el salto a su consideración como incendio.

Cuestión distinta es la de si el fuego que sólo ha dañado un árbol, pero cuya calificación como incendio vistas las circunstancias concretas del caso considero posible, puede llegar a afectar al bien jurídico medio ambiente hasta el punto de considerar posible la punición de tales hechos.

---

conclusión, pese a haberse ocasionado como consecuencia del fuego daños por valor superior a los dos millones de pesetas en enseres situados dentro del edificio antes mencionado, que no existió peligro de propagación del fuego debido a que los encausados trasladaron las existencias de la parte delantera a la parte posterior del almacén, precisamente con la finalidad de evitar la propagación del fuego a las viviendas. Es por ello que considero ilustrativa esta STS de lo que puede ocurrir cuando no se sobrevalora de antemano el posible peligro del fuego.

Por otro lado es interesante señalar que con la actual regulación tal decisión judicial no encontraría encaje en sede de delitos de incendio, teniendo que acudir a sede de daños. No obstante la cuestión que ha dado lugar a esta nota era la de la consideración de la posibilidad de que un fuego de relativa magnitud no integrara el concepto de incendio. Esto justamente es lo que se afirmó al hablar de las quemas, y esto es lo que podría afirmarse en el caso enjuiciado si tuviéramos datos que nos indicaran que el fuego estuvo en todo momento controlado, a este respecto es significativo que en la Sentencia no se hace ninguna referencia a cuantía alguna de daños ocasionados en el inmueble, los más de dos millones correspondían a perjuicios en la mercadería.

Entiendo que sí,<sup>68</sup> si bien comprendo que esto es más fácil de afirmar cuando se parte de la consideración del medio ambiente como un bien jurídico difuso en los términos que expuse, a la vez que como un fenómeno esencialmente sistémico, tal y como defendí con anterioridad.

De esta forma, además, cobra pleno sentido el artículo 354.2 NCP. En primer lugar porque, como ya se ha dicho, la exigencia de un auténtico incendio en sentido penal como requisito típico del artículo 354.1 NCP hace que la naturaleza de tal precepto no pueda ser la del desistimiento (artículo 16.2 NCP); y ello en tanto que resulta incompatible afirmar por un lado que se está ante un fuego que ha adquirido una capacidad de destrucción superior a la que en las circunstancias concretas posibiliten el resto de medios ordinarios de destrucción, proviniendo tal capacidad de destrucción de su peligro de propagación, que por tanto, dado el concepto de peligro que se defiende, nos pone ante la imprevisibilidad objetiva del control del fuego; y simultáneamente mantener que con el cese de la conducta del autor el delito ya no podrá consumarse.

Y en segundo lugar porque siendo lo anterior válido para el conjunto de los delitos de incendio, todavía quedaría la

---

<sup>68</sup> De opinión distinta se muestra SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.: Los

posibilidad del arrepentimiento activo (o si se prefiere el desistimiento en la tentativa acabada), también vía artículo 16.2 NCP, dado que a veces será posible encontrarnos con supuestos donde el fuego ya no se pueda controlar antes de que adquiriera la capacidad de destrucción derivada de su peligro de propagación que permita hablar de un incendio, pero a la vez que sí que quepa controlar dicho fuego antes de que ponga en peligro los correspondientes bienes jurídicos.<sup>69</sup>

Tal posibilidad, no obstante, se encuentra vedada para los incendios forestales, en ellos afirmado el incendio se estará ya ante un delito consumado, y ello en virtud de las peculiaridades que se vieron al tratar del medio ambiente como bien jurídico penal. Por lo tanto, para los mismos cabe, como para cualquier otro tipo de incendio, el desistimiento voluntario siempre que tenga lugar antes de que se pueda hablar de incendio, si bien después de éste ya no habrá lugar ni a desistimiento, ni a arrepentimiento activo que evite la consumación.

---

delitos de incendio, op. cit., pp. 106 y ss.

<sup>69</sup> Así, por ejemplo, cabría imaginar el supuesto en el que un fuego en la planta baja de un edificio de viviendas adquiriese una capacidad de destrucción considerable, no siendo previsible que con los extintores del local se pudiera extinguir antes de que tal capacidad de destrucción permitiera calificar de incendio dicho fuego, pero sí antes de que el mismo llegara a representar un peligro para las personas que viven en los pisos superiores.

Así pues, tras haber previsto el legislador una menor sanción en atención al menor desvalor de resultado que conllevan los incendios forestales que no han llegado a propagarse, la única forma de incentivar la actuación positiva del autor del delito que consiga disminuir considerablemente los efectos del incendio ya consumado, sobre todo teniendo en cuenta lo importante que es en todo incendio una intervención inmediata y lo difícil de éstas en el caso de los incendios forestales, consiste en su previsión específica. A ello creo que responde el artículo 354.2, cuya naturaleza jurídica, después de todo lo dicho, no puede ser otra que la de una excusa absolutoria.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Ésta es la naturaleza que le otorga la Fiscalía General del Estado al hilo de la Consulta 4/1997 de 19 de febrero, sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal:

"... las excusas absolutorias posteriores a la comisión del delito ... recogen supuestos no de "exclusión" sino de "levantamiento" de la pena en atención a un comportamiento posterior a la comisión del delito que anula la punibilidad que en principio merecía plenamente el hecho. Se exonera así retroactivamente de una punibilidad que ya había nacido. En esta categoría habría que situar el comportamiento regularizador contemplado en los artículos 305, 307 y 308 del vigente Código, así como también el artículo 354.2 en casos de incendios, ...".

Se puede consultar en AP núm. 16, 1997, pp. 649 y ss., en concreto para la cita p. 652. Vid. también en este sentido GONZÁLEZ GÜITIÁN, L.: "La nueva regulación del delito de incendios forestales", op. cit., pp. 373 y 374.

De opinión distinta, entendiendo que el fundamento de este artículo 354.2 NCP es el mismo que el del desistimiento general vid. GARCÍA PÉREZ, O.: La punibilidad en el Derecho Penal, Pamplona, 1997, p. 176. Si bien hay que señalar que este autor

Con ello creo haber contrastado suficientemente la virtualidad del concepto de incendio propuesto, quedando por tanto abierto el camino para la solución de los múltiples problemas dogmáticos que estos delitos presentan.

---

parte de la exigencia de propagación para entender consumado un incendio forestal.

## ***Conclusiones***





## **CONCLUSIONES**

### **Observación previa:**

Las siguientes conclusiones no se ciñen necesariamente al contenido concreto de cada epígrafe, ni siquiera Capítulo, de la Tesis, abarcando muchas de ellas aspectos tratados en diversos lugares. Entiendo que de esta manera se facilita el entendimiento global que subyace a todo el trabajo realizado; para lo cual, además, es también conveniente no prestar atención exclusivamente a cada conclusión por separado, sino siempre entenderlas matizadas por el resto de conclusiones, conveniencia que si hago expresa es porque en esta ocasión se ve reforzada por el fundamento sistémico del que he pretendido dotar la Tesis.

I - El fuego ha sido, y es, un poderoso medio de destrucción al alcance de cualquiera. En el estado de la civilización de nuestro país en los siglos pasados, donde en las construcciones de los pueblos y ciudades abundaban materiales altamente combustibles como es el caso de la madera, los destrozos materiales, y personales, que un incendio podía acabar produciendo eran inmensos. Ante tales eventualidades la legislación penal anterior a la codificación, pero aplicable todavía en la primera mitad del siglo pasado, se mostraba extremadamente dura; dureza que, mitigada por los avances humanistas que se iban imponiendo, seguía percibiéndose en las sanciones que se preveían para los supuestos más graves de incendio en todos los Códigos penales

desde el primero de 1822, supuestos siempre acompañados de las máximas penas que cada Código posibilitaba.

**II** - El respeto que se tenía ante la capacidad destructora de los incendios era tal que nunca llegó a exigirse una determinada dimensión del fuego para considerarlo como incendio, subyaciendo siempre bajo todos los supuestos de incendio un claro componente de peligro de mayores males. Tal peligro se escondía en la casuística regulación que se incorporó a los Códigos desde la diseminada legislación histórica previa. Así se evidencia en el tránsito de una tipificación que atendía principalmente al dato de si el incendio se producía o no en poblado (o en zona contigua al mismo desde donde el fuego pudiera llegar a alcanzarlo), a unas regulaciones donde el dato esencial era, con cierta independencia de que se tratara de un incendio en poblado, si afectaba o podía afectar a edificios con personas en su interior. Tránsito que encontró su razón de ser en la generalización con el paso del tiempo del uso de materiales más sólidos en la construcción de las edificaciones de nuestro pueblos y ciudades.

**III** - Esta atención al peligro de los incendios, puesta de manifiesto mediante una tipificación casuística, resaltaba la relevancia de los destrozos materiales que el fuego ocasionaba en los objetos mencionados en cada tipo; así, el esquema más repetido a lo largo de los diversos Códigos fue el establecimiento de un sistema tripartito en el que en unos tipos (los más gravemente sancionados) primaba el peligro para las personas sin atención alguna al daño producido; en

un segundo grupo se combinaban el riesgo para las personas y el daño material causado; y en el tercer grupo se atendía sólo a este último daño. Así las cosas se articuló, ya desde el Código de 1848, un tipo de incendio de recogida que, dejando aparte los problemas de interpretación sobre los objetos materiales que abarcaba, atendía sólo al daño causado, a veces distinguiendo subtipos en función de la cuantía de los daños por mínimos que estos fueran, y más adelante complementándose por debajo de determinada cantidad con la previsión de la correspondiente falta. Esto generaba fundamentalmente dos problemáticas:

1ª.- Dentro de tal tipo de recogida acababan también por ubicarse supuestos de incendio en los que el riesgo personal era muy elevado, pero que por las lagunas que toda regulación casuística deja no encontraban acomodo en ninguno de los tipos que, referidos fundamentalmente al incendio de edificios, respondían a tal peligro.

2ª.- Tal delito de recogida, al no importar para su calificación como delito de incendio lo pequeña de la cuantía de los daños, o en todo caso (en unos Códigos con mejor coordinación que en otros) poderse acudir a la correspondiente falta de incendio, mostraban claramente la irrelevancia de la magnitud del fuego en orden a poder apreciar la presencia de un incendio con efectos penales incluso estando ausente cualquier peligro para las personas, lo que a la vez, a partir del Código de 1848 había que relacionar con la previsión, por un lado de un tipo ubicado entre los delitos de daños en el que estos se producían mediante incendio (me estoy refiriendo al incendio de papeles y documentos); y por otro, con alguna excepción (la del Código de 1928, más formal que real), con un supuesto, esta vez sí ubicado en sede de delitos de incendio, en el que ante

la ausencia de peligro de propagación del fuego y el escaso valor del objeto al que el mismo se hubiera comunicado, la pena que se debía imponer se establecía por remisión a la de los correspondientes daños.

**IV** - La fijación de una cuantía en el último supuesto al que se ha aludido en la conclusión anterior, por encima de la cual parecía daba igual la presencia o no de peligro de propagación del fuego a efectos de su consideración como un auténtico incendio al no remitirse en tal caso la pena a la de los correspondientes daños, fue el principal obstáculo que impidió la afirmación mayoritaria por parte de la doctrina del peligro de propagación del fuego como elemento esencial del concepto penal de incendio. Precisamente por ello la excepción que el Código de 1928 representaba en esta cuestión, al no contener un supuesto equivalente pese a mantener (en esta ocasión en la nueva ubicación entre los delitos contra la seguridad colectiva) una regulación de los incendios muy similar a la de los Códigos que le precedieron, permitía, unida a la previsión de unos supuestos de daños mediante incendio que se recogían dentro de los delitos contra la propiedad, afirmar con mucha mayor claridad la consideración del peligro de propagación como elemento esencial de cualquier incendio a efectos penales.

**V** - Por otro lado esta inercia de regulación casuística de los delitos de incendio, al aparecer en varios tipos especificadas las cuantías a la que debían ascender los destrozos ocasionados por los incendios, facilitaba la inclusión del conjunto de estos en el mismo Título en el que

se ubicaran los delitos de daños. Si bien, en ningún momento se dudó de la naturaleza esencialmente de peligro de todo delito de incendio, precisamente la ausencia de toda duda al respecto es la que facilitaba su inclusión entre los delitos contra la propiedad. Siendo muy significativo que en el Código de 1928, único, excluido el actualmente vigente, en el que los delitos de incendio se ubicaron dentro de delitos contra la seguridad colectiva, la regulación de los mismos se mantuvo hasta el último momento de su tramitación en sede de propiedad.

**VI** - Desde 1980 las diversas iniciativas legislativas que fueron surgiendo incluían los incendios dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, si bien no siempre se desprendían de la arraigada regulación casuística todavía vigente en aquellos años. Regulación casuística de la que sí se ha desprendido por fin el Código actualmente vigente, a la vez que, siguiendo la línea indicada, ubica los incendios dentro de los delitos contra la seguridad colectiva. Ubicación que en nada afecta a la capacidad de los incendios para ocasionar daños, al igual que mientras se encontraban regulados entre los delitos contra la propiedad no había problema en afirmar la naturaleza de delitos de peligro de la mayoría de sus tipos.

**VII** - Al margen de la problemática concursal que generan los supuestos de incendio de bienes propios cuando integran los tipos que requieren un ánimo de defraudación o de perjuicio para terceros, así como de las referencias a que se hubieran perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre,

los bosques o los espacios naturales, que incorpora como novedad el artículo 357 NCP, y tras el seguimiento de la evolución de la regulación de los incendios de bienes propios, el peligro para la propiedad ajena se revela como la principal razón de la regulación penal de los mismos. Por ello, y dado que en el NCP la lesión de la propiedad no tiene por sí sola relevancia para integrar delito alguno de incendio, el haber mantenido la tipificación de los incendios de bienes propios en similares términos a como lo hacían los Códigos anteriores genera toda una suerte de incongruencias imposibles de salvar. Incongruencias que todavía se entienden menos cuando constatamos que en la tramitación parlamentaria de estos delitos se presentaron varias enmiendas, tanto en el Congreso como en el Senado, que de haberse admitido habrían dado entrada a delitos de incendio en los que la propiedad era la razón de la propuesta de tales nuevos tipos, o incluso el único bien jurídico a proteger en alguno de ellos, y todo ello unido a que desde el mismo Grupo Parlamentario que rechazó tales enmiendas se defendió expresamente que no era una extravagancia mantener en el NCP un precepto como el del artículo 556 VCP, el regulador de los incendios de bienes propios.

**VIII** - Del análisis de las distintas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal relacionadas de una u otra forma con el fuego, y que han ido estando vigentes en los diferentes Códigos, no se derivan datos relevantes que nos lleven a pensar que las mismas operaban con un concepto de incendio distinto del que se derivaba de la regulación de los tipos de incendio, antes al contrario cabe entender que

la unidad del concepto sale reforzada. Entendimiento éste que también encuentra apoyo en la conclusión siguiente.

**IX** - La regulación de las relaciones entre los delitos de incendio y las lesiones y muertes que los mismos en ocasiones provocan han ido evolucionando conforme avanzaba la técnica codificadora. Así, en el Código de 1822, con las Recopilaciones como sistema de ordenación de las Leyes a su alrededor, se encuentra en sede de delitos contra las personas un precepto en el que se regula específicamente la tentativa de asesinato mediante incendio; asimismo, esta vez dentro de los delitos contra la propiedad, también preveía expresamente la muerte de alguna persona no buscada de propósito con ocasión de incendio provocado intencionadamente. A partir del Código de 1848 el único punto de unión será la consideración del incendio como una circunstancia agravante específica del homicidio doloso, cualificación del homicidio mediante incendio en asesinato que desaparece como tal en el NCP. Esta evolución ha implicado en principio la necesidad de ir acudiendo cada vez en mayor medida al concurso de normas entre delitos de incendio o delitos contra las personas, a la vez que simultáneamente ha posibilitado, y posibilita, el recurso al concurso de delitos cuando no todo el contenido de injusto del correspondiente incendio se pueda entender consumido en las lesiones producidas a los bienes personales.

**X** - La tramitación parlamentaria del que es el artículo 351 NCP deja fuera de toda duda su finalidad abarcadora de todos los supuestos que en el Código anterior tenían como



componente inherente el peligro para las personas derivado del lugar en el que se producía el incendio (excepción hecha de los forestales), así como también de las lagunas que tal regulación casuística dejaba.

**XI** - El hecho de que algunos Grupos Parlamentarios distribuyeran el estudio de las diversas enmiendas que afectaban al conjunto de los delitos de incendio entre más de un parlamentario, llegando incluso a que dos personas distintas entendieran de enmiendas a un mismo artículo dentro de un mismo trámite, se revela como una técnica de organización nefasta, dejando ver sus secuelas de forma muy clara en la presencia del artículo 357 NCP. Considero que se trata de un extraordinario ejemplo de la necesario que es prestar atención al tratamiento global de los problemas, también a nivel jurídico.

**XII** - Constatado el carácter pluriofensivo de la mayoría de los delitos de incendio, y estando implicados entre los distintos bienes jurídicos unos de carácter claramente individual y otros en principio catalogables como bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (y ello tanto en el Código derogado como en el actualmente vigente), se hace necesario adoptar una posición clara respecto de su clasificación en las categorías indicadas. Sobre todo teniendo presente la constatación efectuada acerca de la naturaleza esencialmente de peligro de todo delito de incendio, naturaleza que conduce en la práctica a lecturas muy distintas de estos delitos en función de cómo se entienda el peligro, y que a nivel teórico deja sentir su influencia

(conscientemente o no) en la catalogación de los bienes antes indicada, motivo por el que también se hace absolutamente necesario dejar claro el entendimiento que del mismo se mantenga.

**XIII** - En relación con los bienes jurídicos claramente individuales que acaban viéndose protegidos por unos u otros delitos de incendio se encuentra la propiedad ajena (no siempre cuando lo que arde son bienes propios), y ello con independencia del lugar en el que en los distintos Códigos se hayan visto ubicados estos delitos, dado que es inherente a todo incendio la producción de unos daños por mínimos que estos sean. Pero además de esta lesión a la propiedad ajena cuando el fuego de un incendio alcanza bienes de tal titularidad, también se encuentra protegida la posibilidad de mayores destrozos en la misma, es decir, en el contenido de injusto de los incendios sobre bienes ajenos cuando menos se dan cita la lesión y el peligro de mayor lesión de dicha propiedad. Si bien se hace necesario aclarar que en relación con el NCP lo que no es posible es estar ante un incendio típico que sólo lesione la propiedad ajena (con peligro de mayor lesión), pues siempre se requiere la afección de algún otro bien jurídico que precisamente será el que justifique la correspondiente tipificación. No obstante esto último, cuando el fuego ocasiona los daños sobre bienes propios, puede que el peligro para determinadas propiedades ajenas baste para hallarnos ante un delito de incendio, y ello también y de forma absolutamente incoherente, dentro del NCP.

**XIV** - Siguiendo con los bienes jurídicos claramente individuales, se encuentra fuera de toda duda la orientación de la regulación de los delitos de incendio hacia la protección de la vida de las personas frente al peligro que los incendios muchas veces representan. Hasta tal punto ello es así que con el Código vigente cualquier incendio atribuible a conducta humana que ponga en peligro la vida de las personas será típico. No obstante ser ésta también una pretensión común al conjunto de las anteriores regulaciones de estos delitos, debido a la casuística de las mismas, quedaban destipificados o incluidos en tipos que en principio no atendían al peligro para las personas algunos supuestos donde tal peligro era más que evidente.

**XV** - En cuanto a la vida, salud e integridad de las personas, resulta denunciabile la ligereza con la que las referencias a tales bienes aparecen combinadas en los distintos preceptos, tanto en los distintos Códigos, como, lo que es más preocupante, dentro de un mismo Código. Así, en relación con el Código vigente creo defendible una interpretación de las referencias de los artículos 351 y 352 a la "vida e integridad física" y del artículo 266 a la "vida e integridad" en sintonía con el interés salud de las personas en su vertiente física.

**XVI** - En cuanto a la seguridad colectiva como posible bien jurídico protegido por los delitos de incendio es interesante destacar que la insistencia de la doctrina italiana respecto del entendimiento de los incendios como atentatorios contra la incolumidad pública, bajo cuya rúbrica se encuentran

ubicados desde 1889, no es trasladable sin más al ámbito de la regulación de estos delitos en nuestro país, y ello porque dada la regulación penal de los incendios en Italia la magnitud del fuego sí que ha resultado y resulta relevante, cosa que ya se ha dicho no ocurre en el ordenamiento español. A ello hay que sumar que tal incolumidad pública está siendo objeto por parte de relevantes autores italianos de interpretaciones garantistas que tienden a restarle la excesiva abstracción de la que adolecía.

**XVII** - En referencia ya directamente a nuestro ordenamiento, y en relación con las pretensiones derivadas de la rúbrica del Título XVII del NCP de entender la seguridad colectiva como bien jurídico, no sólo protegido por algunos delitos de incendio, sino además como definitorio de los mismos, hay que destacar que, si ya resulta sumamente difícil dar un concepto de la seguridad colectiva que abarque de forma genérica las distintas rúbricas de los Capítulos que integran dicho Título XVII, más problemático resulta todavía cuando tal concepto queremos referirlo al conjunto de los delitos de incendio, y más en el estado actual de la civilización. Tan sólo un entendimiento de la misma cercano al de tranquilidad, que además debería de adjetivarse de individual antes que de colectiva, permitiría entenderla como elemento común a todo incendio típico. Pero tal entendimiento entonces no cumplimentaría mínimamente la función crítica y limitadora del *ius puniendi* que todo bien jurídico penal está llamado a desempeñar. La solución entiendo que puede venir por buscar una vía para situar en primer plano los distintos bienes jurídicos individuales que de forma mayoritaria se relacionan mediatamente con la seguridad colectiva.

**XVIII** - Esta vía se ve favorecida si, partiendo de un entendimiento de los bienes jurídicos como valores de la vida humana reconocidos por el Derecho, no se les impone otro límite a la apreciación de tales valores que no sea el respeto a la decisión libre de la mayoría de los individuos que de una manera u otra puedan verse afectados por la opción adoptada. De esta forma aunque se apueste por una concepción personalista de los bienes jurídicos, buscándoles siempre un referente individual directo, los mismos necesariamente se ven imbuidos de un carácter social. Tales valores desde luego que, si así lo demanda la mayoría, también podrán venir referidos directamente a condiciones de funcionamiento del sistema, sólo que en la actualidad todavía no estamos en condiciones de afirmar que en nuestra Sociedad las mayorías realmente se constituyan de forma libre, y ello fundamentalmente por un doble déficit, de formación y de información; además está el problema de la delimitación del cuerpo electoral, no sólo en cuanto a la edad, sino también y más problemático, en cuanto a las fronteras. Así las cosas considero defendible, y en mayor medida cuanto más alejado se esté de una situación que permita auténticas mayorías libremente formadas (situación ésta inalcanzable al cien por cien), el vincular los bienes jurídico-penales directamente a valores personales, siempre que ello sea mínimamente posible. Y será mínimamente posible cuando se pueda articular un delito de peligro para los bienes jurídicos individuales que se encuentren detrás del bien colectivo en cuestión. De esta forma entiendo que resulta más difícil mediatizar la voluntad de la mayoría. Así, en el caso de la seguridad colectiva creo mucho más garantista renunciar al mismo como bien jurídico

autónomo y en su lugar acudir directamente a la vida e integridad de las personas.

**XIX** - El medio ambiente es sin duda otro de los bienes jurídicos que se ven protegidos por algunos tipos de incendio, no obstante es interesante dejar constancia que aunque los incendios "forestales" siempre estuvieron recogidos de forma más o menos expresa en nuestra legislación penal, no fue hasta la reforma operada en 1987 cuando el aspecto patrimonial que estos tipos conllevan pasó claramente a un segundo plano, pasando a primar, si dejamos a un lado los supuestos en los que se genere peligro para las personas, el aspecto medioambiental de los mismos.

**XX** - En el caso del medio ambiente, y a diferencia de la seguridad colectiva, sí que parece conveniente acudir a su configuración como bien jurídico penal autónomo de carácter colectivo. Se trata, el medio ambiente, del marco en el que de forma más clara podemos percibir la naturaleza sistémica de las cosas, incluso sin ser plenamente conscientes de ello. Así, y desde el mundo del Derecho, el medio ambiente se llega a entender como la totalidad del entorno del hombre, tanto natural como artificial, resaltándose la implicación mutua de uno y otro ámbito. Asimismo, los que limitan el medio ambiente al entorno natural, lo hacen por razones pragmáticas de cara a la utilidad del concepto a efectos jurídicos, pero sin negar las implicaciones mutuas que tienen ambos ámbitos, y además resaltando las interacciones de los distintos elementos integrantes del mundo natural. Por último, algo parecido ocurre con quienes limitan el concepto de medio

ambiente a algunos recursos de la naturaleza, siendo extremadamente significativo que el máximo defensor en nuestro país de un concepto estricto del medio ambiente a efectos jurídicos, Martín Mateo, haya renunciado expresamente al mismo, pasando a entenderlo de la forma más amplia posible; y ello tras constatar que las interacciones entre todos y cada uno de los componentes del entorno son tan importantes que, atender analíticamente a los distintos elementos por separado, no responde en absoluto a la ontología que subyace al fenómeno medioambiental. El actual paradigma causal-mecanicista se muestra claramente insuficiente para dar respuesta a esta nueva visión de la naturaleza.

**XXI** - Tras la constatación de las fuertes implicaciones entre los diversos elementos de la naturaleza se puede entender mejor el actual fenómeno de la globalización del medio ambiente, a la vez que resulta plausible un entendimiento holístico del mismo. Entendimiento que a su vez conlleva el que se pueda destacar la importancia que el perjuicio a una parte del "todo" tiene en el "todo", y por tanto facilita entender que pequeñas lesiones a elementos concretos del medio ambiente puedan tener la relevancia necesaria para dar entrada al Derecho penal, al igual que la puesta en peligro de alguno de sus componentes. En el caso de los incendios forestales, no sólo se lesionan, aunque sea mínimamente, algunos recursos (vegetación y suelo principalmente), sino que además la presencia de un peligro de mayor lesión forma parte de los mismos.

**XXII** - Tal peligro para el medio ambiente así entendido representa también un peligro para la vida y salud de las personas, sólo que se trata de un peligro que muchas veces no podremos justificar causalmente en relación con personas concretas pese a la evidencia (caso de asumirse los planteamientos sistémicos) de que todas las personas del planeta somos "víctimas" del mismo. La habilitación expresa al establecimiento de medidas penales para la defensa del medio ambiente que nuestra Constitución contiene, junto con las indicaciones en tal sentido que últimamente se vienen realizando desde las instituciones Comunitarias se pueden entender como muestras del respaldo social a los valores que el medio ambiente representa, y que en definitiva se acaban traduciendo en las posibilidades del mantenimiento de la vida en el planeta. Así, aunque afirmo la autonomía del medio ambiente como bien jurídico lo hago desde el reconocimiento de su carácter antropocéntrico. Se trata, el medio ambiente, de uno de esos bienes jurídicos en los que no resulta más garantista el articular delitos de peligro contra los bienes jurídicos individuales que le subyazcan (por la imposibilidad material de probar normalmente tal peligro) que configurarlos autónomamente.

**XXIII** - A aquellos bienes jurídicos en principio calificados de colectivos que, pese a tener como cualquier otro un referente individual directo detrás, por razones pragmáticas no se considere posible con carácter general la prueba "empírica" del peligro para el bien individual subyacente, es a los que creo oportuno reservar la denominación de difusos, o si se prefiere para evitar confusiones con el entendimiento tradicional de esta categoría, "difusos por su naturaleza";



bienes que serían por tanto los únicos bienes colectivos autónomos. En ellos la necesidad de comprobar el efectivo respaldo de la mayoría a su entendimiento como valor necesitado de protección a nivel penal se hace todavía más necesario que en el resto, y ello para cubrir la falta de argumentos "empíricos" de los que en estos bienes difusos nos vemos privados; argumentos que normalmente contribuyen de forma decisiva al discurso que se debe establecer entre los miembros de la sociedad antes que de ésta salga una mayoría en uno u otro sentido.

**XXIV** - En la búsqueda de un concepto penal de incendio lo que se entienda por peligro cobra cada vez más importancia, primero por la constatación de la ausencia de un bien jurídico definitorio de los delitos de incendio, junto con la primacía de las afecciones a nivel de peligro de los distintos bienes jurídicos involucrados, y ahora al entender que la prueba "empírica" del peligro para estos bienes es esencial para la configuración de los mismos. Así, y en coherencia con el carácter garantista que se encuentra en la base de la concepción personalista de los bienes jurídicos que defiende, considero que a efectos penales el peligro sería aquel resultado objetivo sobre el que, realizado un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretenda proteger adquiere relevancia típica. Tal juicio de previsibilidad deberá llevarse a cabo una vez constatada la aparición de un resultado de peligro para el bien jurídico en cuestión (*ex post facto* del peligro, *ex ante* de la eventual lesión), y utilizando la base de conocimientos ontológicos y nomológicos más amplia posible.

**XXV** - Este entendimiento objetivo del peligro, en principio y con matices admitido por parte de la doctrina, adquiere una naturaleza de resultado cuasi material cuando se le observa desde el nuevo paradigma sistémico de la ciencia, que cada vez se está "imponiendo" de forma más clara. Esta consideración del peligro como un resultado cuasi material permite a efectos de tipicidad exigir a los resultados de peligro, y en paridad de condiciones, las mismas relaciones causales que a los resultados lesivos. Pieza esencial para un tal entendimiento cuasi material del peligro es la consideración de la causalidad imperante en la naturaleza como una causalidad débil (lo cual se desprende de la denominada física del caos, plenamente insertada en el nuevo paradigma científico), en lugar de seguir atendiendo al problema causal desde el paradigma mecanicista decimonónico desde el que se considera posible un entendimiento fuerte de la causalidad.

**XXVI** - Dada la alta dependencia sensitiva a las condiciones iniciales, por ínfimas que éstas sean, que se esconde detrás del entendimiento de la causalidad imperante en la naturaleza como una causalidad débil, la predecibilidad absoluta resulta imposible; siendo necesario dejar constancia que con ello no se está afirmando, ni negando, el indeterminismo. Predecibilidad/impredecibilidad por un lado, y determinismo/indeterminismo por otro, son dos cuestiones distintas. La primera la da por plenamente resuelta la nueva física con la aseveración de la impredecibilidad. La segunda sigue siendo una cuestión metafísica, por más que quepa extraer de la afirmación de la impredecibilidad algún

argumento a favor del libre albedrío, si bien se trata sólo de un argumento pragmático relacionado con las dificultades de mantener ningún tipo de compatibilismo conjuntamente con la afirmación de una causalidad débil.

**XXVII** - Al no impedir la concepción de la causalidad débil una apuesta a favor del libre albedrío, sino más bien posibilitarla, puedo sumarme a quienes consideran que la solución al problema causal requiere de la distinción entre un juicio ideal de causalidad y otro material de causación, y ello en tanto que lo que subyace a tal distinción es la afirmación de que lo que haya ocurrido no tenía necesariamente por qué haberlo hecho. Así, y defendiendo a la vez la naturaleza cuasi material del peligro a efectos penales, se hace necesario en los delitos de peligro articular tres juicios distintos, dos juicios de previsibilidad (el de causalidad y el de peligro), y uno material (el de causación). El juicio material de causación subyacerá al ideal de causalidad, proyectándose ambos sobre un resultado cuasi material que será precisamente desde el que el juicio de previsibilidad, en el que consiste el juicio de peligro, deba arrancar. Así se puede empezar a entender la afirmación de que el juicio de peligro deberá llevarse a cabo una vez constatada la aparición de un resultado de peligro; resultado al que nos tendrá que permitir llegar el juicio de causalidad (con el subyacente de causación), y que en principio será un resultado "provisional", en tanto que si desde el mismo, el juicio de peligro no nos conduce a un grado de previsibilidad típico de la lesión, se deberá buscar otro resultado de peligro (también provisional, y también al que nos hayan permitido llegar las relaciones de

causación/causalidad) y repetir la operación, bien hasta afirmar la tipicidad del peligro, o bien hasta poder descartar tal tipicidad.

**XXVIII** - A la complejidad de la articulación de los tres juicios indicados se suma el que la calificación de cuasi material a los resultados de peligro, en lugar de directamente calificarlos de resultados materiales, responde a la menor evidencia de los mismos, a su mucha mayor dificultad para ser aprehendidos por los sentidos. Por tanto, no se están proponiendo unas reglas a seguir necesariamente y con toda rigurosidad antes de poder afirmar la tipicidad de un determinado delito de peligro, si bien el mero hecho de atender en la medida de lo posible a tales relaciones ayuda notablemente al entendimiento de estos delitos. Esto es lo que ocurre en el caso de los delitos de incendio, donde la dinámica propia del fuego nos permite ir percibiendo la evolución del mismo y pasar de tenerlo por controlado a considerarlo peligroso, momento en el que (aunque ya podamos hablar de incendio) deberemos pronunciarnos acerca de su relación causal con la conducta antecedente del autor del mismo y también acerca de la previsibilidad de lesión del bien jurídico que se pretenda proteger.

**XXIX** - Dado el entendimiento del peligro que se ha defendido las diferencias entre los denominados delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto se diluyen notablemente, en todo caso será necesario comprobar la presencia de un resultado de peligro para el bien jurídico, si bien en el caso de los de peligro abstracto parece que el

juez en principio cumplimenta su indagación probatoria con la comprobación de la realización de la conducta típica, y en ello en tanto que se supone que el legislador ya la ha valorado entendiendo que la realización de la misma supone ya el peligro típico, pero esto en ningún caso puede hacernos olvidar la causalidad débil que rige nuestro mundo, razón por la que cualquier pequeño matiz de la cumplimentación de la conducta típica, que necesariamente se encontrará descrita en el tipo de forma genérica, podrá conducir a la negación de la presencia de un peligro típico. Por ello el juez debería como mínimo escuchar las peticiones de prueba que en contra de la presencia del peligro en el caso concreto se formulen por la defensa.

~~XXX~~ - En todo caso, de considerarse oportuno mantener la distinción entre peligro concreto y peligro abstracto, la ausencia de referencia expresa en el correspondiente tipo exigiendo la puesta en peligro de determinado bien, no es determinante de su calificación como delito de peligro abstracto. Tal exigencia de peligro para el bien jurídico derivado de la conducta típica puede hallarse implícita en los términos en los que la misma se halle formulada. Esto es en parte lo que ocurre con los delitos de incendio, donde el no hablar de mero fuego sino de incendio representa ya la exigencia de un fuego peligroso. Problema aparte que presentan los delitos de incendio es si este peligro requerido al fuego para calificarlo de incendio basta ya para entender cumplimentada la ofensa requerida por cualquier tipo de incendio a los bienes jurídicos que respectivamente protejan; de entenderlo así, comprobada la presencia del peligro necesario para poder calificarlo de incendio, el

trato que a continuación debería dársele es el del peligro abstracto; por el contrario, si del análisis del tipo correspondiente se concluye que además de afirmar la presencia de un incendio se debe seguir indagando en busca del alcance de su peligro para averiguar si llega a afectar de forma típica al bien jurídico que se pretenda proteger, la consideración será la de un delito de peligro concreto.

**XXXI** - El entendimiento del peligro como un resultado cuasi material conduce también de forma directa a reforzar la categoría dogmática del dolo de peligro, dado que, al menos teóricamente, se está dando cuerpo a un "objeto" sobre el que proyectar el dolo sin tener que referirlo a la lesión.

**XXXII** - En todo caso, y por encima de comprobaciones "empíricas" de resultados de peligro y de sus relaciones de causalidad con concretas conductas humanas, se hace absolutamente necesario señalar que no se está sometiendo en modo alguno el mundo jurídico al mundo "científico". Lo determinante para entender que algo ha acontecido y cual ha sido la causa de tal acontecer será que así lo convengamos, no obstante los argumentos científicos podrán sernos muy útiles por el rigor de su método para ayudar a formar la convicción en uno u otro sentido. A esto hay que añadir que la nueva ciencia que está surgiendo dentro del paradigma sistémico, lejos de marcar diferencias entre un mundo natural regido por leyes físicas deterministas y un mundo indeterminista en el que se desarrollarían las humanidades, cual ha venido ocurriendo hasta ahora bajo el paraguas del pensamiento causal mecanicista, nos desvela una ontología

común a ambos mundos. La impredecibilidad o el indeterminismo (lo que convengamos) parecen regir por igual el mundo de lo humano y el mundo de lo físico.

**XXXIII** - Dentro de este nuevo paradigma de la ciencia resulta especialmente interesante la teoría del conocimiento que se deriva de la ontología constructivista de Maturana y Varela. El lenguaje y la conciencia humana no serían sino fenómenos biológicos, pero fenómenos biológicos que no han hecho su aparición (propiedades emergentes) con el hombre (con el sistema hombre), sino con la vida social (con el sistema sociedad). Esto conlleva la afirmación de la inexistencia de una realidad objetiva directamente aprehensible por los sentidos, y a la vez, por tanto, la constatación del relativismo de todo conocimiento. El lenguaje no describe objetos del mundo "real", sino convenciones que nos permiten desarrollarnos como personas dentro de la sociedad. Cuantas más experiencias cognitivas previas compartamos con quien estemos hablando más entenderemos lo que nos quiera decir, y él a nosotros. El acudir al uso ordinario del lenguaje en un contexto espacio-temporal (cultural) concreto para interpretar los términos típicos, incluidas las relaciones de causalidad, creo que encaja a la perfección con esta ontología constructivista.

**XXXIV** - El relativismo del conocimiento que se desprende de la ontología constructivista de Maturana y Varela, lejos de negar la evidencia de la "comunicación" entre las personas, la afirma plenamente, el lenguaje se constituye en el elemento esencial de la sociedad. Sociedad que, de entenderla

como un sistema, dependería para su existencia del aumento de la libertad de sus componentes, las personas. Entendimiento sistémico éste muy distinto del propugnado por Luhmann.

**XXXV** - El tomar conciencia de tal relativismo permite defender el criterio de las mayorías como único criterio válido para la resolución de conflictos. Y ello en la medida en la que nadie podría arrogarse el conocimiento de una verdad objetiva. Cada uno debería esforzarse por escuchar seriamente lo que el otro nos diga, a la vez que por transmitir del modo más inteligible posible para el otro lo que se le quiera decir. Esto sería tanto como intentar ponernos en la conciencia del otro cuando nos queremos comunicar con él. Asimismo, cuanto más se dialogue más se podrá llegar a entender lo que el otro quiera realmente transmitirnos, lo que no significa que tengamos que acabar compartiéndolo.

**XXXVI** - Lo que debamos entender por incendio a lo largo de los diferentes Códigos penales dependerá en buena medida del contexto histórico en el que surgieron (o en el que se fueran a aplicar si ha variado), debiendo prestarse especial atención a la vertiente sistemática de la interpretación, por encontrarnos ante delitos en los que la naturaleza de medio que tiene el fuego, hace que aparezcan referencias al mismo o a los incendios en diferentes sedes, siendo necesario buscar una interpretación coherente del conjunto de tales referencias si se quiere dar seriedad al concepto que se proponga. Siendo ello así, y aunque nuestra sociedad actual ha cambiado considerablemente en relación con la del siglo



XIX, la regulación de los delitos de incendio no había experimentado cambios formales importantes hasta 1995. El componente que nos puede permitir entender este acontecer no es sino el peligro. Peligro que formaba parte del concepto penal de incendio en los siglos pasados, y peligro que forma parte del concepto penal de incendio en la actualidad; la diferencia entre un incendio del pasado y un incendio del presente se halla en que puede que lo que antes fuera peligroso ahora no lo sea.

**XXXVII** - Teniendo claro el componente de peligro de todo incendio, el concepto penal que del mismo se puede extraer de la anterior regulación resulta muy interesante de cara al concepto que mejor se ajuste al nuevo Código. Desde un análisis sistemático del conjunto de la anterior regulación, así como de la jurisprudencia al respecto, bajo el anterior Código penal se podía mantener la diferencia entre un peligro de propagación de fuego calificable de externo y otro de interno, lo cual permitía salvar la dicción literal del artículo 553 VCP, manteniendo el peligro de propagación como elemento esencial de todo incendio a efectos penales, de tal manera que por incendio se entendiera todo:

“Fuego que, independientemente de su magnitud, ponga en peligro la vida, salud o integridad física de las personas; o que por el peligro de propagación a otros bienes o por el valor del bien al que inicialmente se haya comunicado, pueda ocasionar daños superiores a 50.000 pesetas”.

**XXXVIII** - El abandono de la casuística regulación anterior permite que en el concepto penal de incendio deducible del actual Código no sea necesaria una conceptualización alternativa; asimismo, la diferenciación entre un peligro de propagación interno y otro externo, que es la que posibilitaba en el concepto anterior mantener el peligro como elemento esencial del mismo, sigue ahora desplegando sus virtualidades permitiéndonos diferenciar un fuego de un incendio. Por incendio en el NCP deberemos entender aquel:

“Fuego del que, con independencia de su magnitud, se derive un peligro de propagación que le dote de una capacidad de destrucción superior a la del resto de medios ordinarios”.

Tal concepto, desde el entendimiento del peligro propugnado, en el que se hace necesario atender a todas las posibles causas y contracausas, comenzando por el control del fuego por el autor del mismo, permite un entendimiento coherente del conjunto de los delitos de incendio, así como de los delitos de daños, e incluso del artículo 332 en el que se habla de quemar, conducta que no se debe considerar equivalente a incendiar. Incluso encaja en el artículo 357 relativo al incendio de bienes propios, en el que las incoherencias denunciadas se deben a otros elementos típicos.



## ***Bibliografía***



## **BIBLIOGRAFIA**

### **ALONSO Y ALONSO, J.M.:**

- "De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822, en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, Febrero 1946.

### **ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.:**

- "Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822", en CPC, núm. 5, 1978.

- "Bien jurídico y Constitución", en CPC, núm. 43, 1991.

### **ANTOLISEI, F.:**

- Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, 10ª ed., (a cura di Luigi Conti), Milano, 1991.

### **ANTÓN ONECA, J.:**

- "Los antecedentes del nuevo Código penal", en RGLJ, t. 154, Madrid, 1929.

- "El CP de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", en ADPCP, Tomo XXVIII, 1965.

- "Historia del Código Penal de 1822", en ADPCP, 1965.

- "El Código penal de 1870", en ADPCP, 1970, T. XXIII.

- "Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español", en ADPCP, t. XXV, 1972.

### **ARAMBURU Y ARREGUI, J.D.:**

- "Instituciones de Derecho penal Español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850", Oviedo, 1860.

### **ARROYO ZAPATERO, L.:**

- "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", en Revista jurídica de Castilla la Mancha, núm. 1, 1987.

### **AURIOLES MONTERO, I.:**

- Instituciones del Derecho penal de España, escritas con arreglo al nuevo Código, Madrid, 1849.

**BACIGALUPO, E.:**

-"La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en Estudios sobre la parte especial del Derecho penal, Madrid, 1991.

**BAJO FERNANDEZ, M.:**

-Manual de Derecho penal, Parte especial, (Delitos patrimoniales y económicos)", Madrid, 1990.

-Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas, 2ª ed., Madrid, 1991.

**BARBERO SANTOS, M.:**

-"Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en ADPCP, 1973.

**BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.:**

-El delito de lesiones, Salamanca, 1982.

-"El medio ambiente como bien jurídicamente tutelado" en El delito ecológico, coord. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992.

**BERISTAIN IPIÑA, A.:**

-"Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Penal español y comparado", en Revista General de legislación y jurisprudencia, 1971.

**BERLIN, I.:**

-"Dos conceptos de libertad", en Cuatro ensayos sobre la libertad, ed. en castellano, Madrid, 1988; ensayo traducido por Julio Bayón, (versión original: Oxford, 1969).

**BOBBIO, N.:**

-voz "democracia", en Nueva Enciclopedia Jurídica (editorial Seix), T. ---, Barcelona, 19-

**BOIX REIG, J.**, en VIVES ANTÓN/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC:

-Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., Valencia, 1999.

**BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN T.S.:**

-La reforma penal de 1989, Valencia, 1989.

**BOIX REIG, J.:**

- "Protección penal del medio ambiente", en CGPJ (edit.), Cuadernos de Derecho Judicial: "Intereses difusos y Derecho penal", 1994.

**BORJA JIMÉNEZ, E.:**

- "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat", en Estudios penales y criminológicos, núm. XVII, 1994.

**BUENAVENTURA SELVA, N.:**

- Comentarios al Código penal reformado, Madrid, 1870.

**BUSTOS RAMIREZ, J.:**

- "Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)", en RFDUCM, núm. 11, 1986.

- Manual de Derecho penal, Parte Especial, 2ª ed., Barcelona, 1991.

**CANDIL JIMÉNEZ, F.:**

- "Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del CP de 1848", en ADPCP, Tomo XXVIII, 1975.

**CANTAREO BANDRÉS, R.:**

- "Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes", en El delito ecológico, coord. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992.

**CAPRA, F.:**

- La trama de la vida, Barcelona, 1998, (edición original: Nueva York, 1996).

**CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en AAVV:**

- Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed.

**CARBONELL MATEU, J.C.:**

- Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia, 1999.



**CÁRDENAS de, F.:**

-El Derecho moderno, revista de jurisprudencia y administración, Tomo IX, Madrid, 1850.

**CARRARA, F.:**

-Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Speciale, Volumen VI, 9ª ed., Firenze, 1925.

**CASABÓ RUIZ J.R.:**

-"Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787", en ADPCP, 1969.

-"Consideraciones acerca de la reciente ampliación del artículo 549 del Código penal", en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, 1976.

-El Proyecto de Código Criminal de 1830, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978.

-El Proyecto de Código Criminal de 1831, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978.

-El Proyecto de Código Criminal de 1834, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978.

-El anteproyecto de Código penal de 1938, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978.

-El proyecto de Código penal de 1939, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978.

-"La aplicación del Código penal de 1822", en ADPCP, t. XXXII, 1979.

-"La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en Estudios Penales y Criminológicos, T. V., Santiago de Compostela, 1981.

**CASTEJÓN, F.:**

-Derecho Penal, Tomo I, Criminología general y especial, ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930, 1ª ed., Madrid, 1931.

**CEREZO MIR, J.:**

-Curso de Derecho Penal español. Parte General, vol. II, 6ª ed., Madrid, 1998.

**COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN T.S.:**

-  
Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Valencia, 1999.

**COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J.:**

-"Garantías constitucionales del Derecho sancionador", en Comentarios a la legislación penal, EDESA, T. I, Madrid, 1982.

**COLÁS TURÉGANO, A.:**

-Delitos contra el medio ambiente: aproximación jurídico constitucional, Tesis doctoral, Valencia, 1995.

-"Art. 347 bis. ¿Ruptura con el principio de legalidad?" (Comentario a la sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal número 3 de Valencia), en Poder Judicial, nº 26.

**CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.:**

-"Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales" en Poder Judicial, número especial IV (1988).

-"Introducción al delito ecológico" en El delito ecológico, coord. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992.

-"La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes", en La Ley, 1996-2

**CORCOY BIDASOLO, M.:**

-Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Valencia, 1999.

**CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:**

-Comentarios al Código penal, t. I, Barcelona, 1972.

**CUELLO CALÓN, E.:**

-Derecho Penal conforme al nuevo "Código Penal, texto refundido de 1944", Tomo II, Parte Especial II, 4ª ed., Barcelona, 1945.

-Derecho penal conforme al CP, texto revisado de 1963, Tomo II, Parte Especial, Volumen 2º, 12ª ed., Barcelona, 1967.

**D'BOYS:**

-Historia del Derecho penal de España, Madrid, 1872.

**DE LA CUESTA AGUADO, P:**

-Respuesta penal al peligro nuclear, Barcelona, 1994.

-Tipicidad e imputación objetiva. (Según el nuevo Código Penal de 1995), Valencia, 1996.

-"Un Derecho penal en la frontera del caos", en Revista de Estudios Jurídicos y Económicos de la Fundación Municipal Universitaria de Algeciras, núm. 1, Junio 1997.

-Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, 2ª ed., Valencia, 1999.

**DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.:**

-"Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)", en Documentación jurídica, nº 37/40, 1983.

**DE LA MATA BARRANCO, N.J.:**

-Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa -Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita-, Barcelona, 1996.

**DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M.:**

-Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica, Tomo III, 7ª ed. Madrid, 1865.

**DE TOLEDO Y UBIETO, E.O.:**

-"Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en ADPCP, núm. XLIII, 1990.

**DEL ROSAL, J., COBO, M., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:**

-Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1962.

**DORADO MONTERO, P.:**

-Problemas de Derecho Penal, --- 1895.

-"Código penal de 1870", en Enciclopedia jurídica española, Ed. Seix., IV, Barcelona, fecha.

**DOVAL PAIS A.:**

-"Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en CGPJ (edit.), Cuadernos de Derecho Judicial: "Intereses difusos y Derecho penal", 1994.

-Delitos de Fraude Alimentario. Análisis de sus Elementos Esenciales, Pamplona, 1996.

-Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, Valencia, 1999.

**ESCRIVA GREGORI, J.M<sup>a</sup>.:**

-La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976.

-“Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución”, en Papers, núm. 13, 1980.

**FERREIRO RODRÍGUEZ, F.:**

-Las nuevas figuras del delito, La Coruña, 1929.

**FERRER FIGUERAS, L.:**

-Del paradigma mecanicista de la ciencia al paradigma sistémico, Valencia, 1997.

**FIADANCA, G., y MUSCO, E.:**

-Diritto penale, Parte speciale, Volumen I, Bologna, 1988, reimpresión de 1997.

**FILANGIERI, C.:**

-Ciencia de la legislación, t. VII, 3<sup>a</sup> ed., trad. de J. Rubio, Madrid 1822.

**FUNDACIÓN MAPFRE:**

-Manual de Seguridad contra Incendios, Madrid, 1997.

**GARCÍA CANTIZANO, M<sup>a</sup>.C.:**

-Falsedades documentales, Valencia, 1994.

**GARCÍA GOYENA, F.:**

-Código Criminal Español según las Leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés, t. II, Madrid 1843.

**GARCÍA RIVAS, N.:**

-Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial, Barcelona, 1998.

**GIMÉNEZ ALCOVER, P.:**

-El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Barcelona, 1993.

**GLEIK, J.:**

-Caos. La creación de una ciencia, 2ª ed., traducción de Gutiérrez-Larraya, J.A., Barcelona, 1994.

**GÓMEZ BENITEZ, J.M.:**

-"Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)", en R.F.D.U.C.M, nº 69, 1983.

-Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general, Madrid, 1984.

-Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado, Madrid, 1988.

**GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M.:**

-Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica, Tomo III, 7ª ed. Madrid, 1865.

**GÓMEZ PAVÓN, P.:**

-El delito de conducción bajo de influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 3ª ed., Barcelona, 1998.

**GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:**

-"El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos", en Anales del centro de Alzira (UNED), nº 4, Valencia, 1986.

**GONZÁLEZ GUITIÁN, L.:**

-"Título XIV. Delitos contra la seguridad colectiva, Capítulos I y II", en DJ, núms. 37/40 (Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal), vol. 2º.

-"La nueva regulación del delito de incendios forestales", en Estudios Penales en memoria del profesor Fernández-Albor, Santiago de Compostela, 1989.

**GONZÁLEZ RUS, J.J., en AAVV:**

-Manual de Derecho penal, Parte especial, II, Delitos contra la propiedad, dirigida por Cobo del Rosal, Madrid, 1992

-Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid, 1997.

**GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.:**

-El Código penal de 1870, concordado y comentado, t. VIII, Salamanca, 1899.

**HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.:**

-Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia, 1989.

**HASSEMER, W.:**

-“Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en Doctrina Penal, año 12, abril-septiembre 1989.

- Persona, mundo y responsabilidad, (trad. de Muñoz Conde y Díaz Pita), Valencia, 1999.

**HILDEBRAND, K.:**

-El Tercer Reich, Madrid, 1988.

**HORMAZABAL MALAREE, H.:**

-“Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en El delito ecológico, coord. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992.

**JAKOBS, G.:**

-Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Madrid, 1996.

-Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ªed., (traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L.), Madrid, 1997.

**JARAMILLO GARCÍA, A.:**

-Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870, vol. II, Salamanca, 1929.

**JESCHECK, H.-H.:**

-Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. I., (trad. Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.), Barcelona, 1981

**JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.:**

-Derecho penal conforme al Código de 1928, II Parte especial, 1ª ed., Madrid, 1929.

**JIMÉNEZ DE ASÚA, L.:**

-Tratado de Derecho penal, I, Madrid, 1964.

**JUSTE RUIZ, J.:**

-“Tendencias actuales del derecho internacional y del medio ambiente”, en La protección Jurídica del Medio Ambiente, coord. Valle Muñiz, J.M., Pamplona, 1997.

**KANITSCHIEDER, B.:**

-“Caos y orden como nuevo puente entre las ciencias y las humanidades”, en Folia Humanística, Tomo XXXII, núm. 337, marzo-abril 1994.

**KINDHÄUSER, U.:**

-Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa, (trad. de López Díaz, C.), Bogotá, 1996.

**LANGLE RUBIO, E.:**

- Código penal de 17 de junio de 1870, Madrid, 1915.

**LASSO GAITE, J.F.:**

-Crónica de la Codificación española, 5, Codificación penal, Volumen I, Madrid, 1970.

**LAURENZO COPELLO, P.:**

-El resultado en Derecho Penal, Valencia, 1992.

**LISZT, F.V.:**

-Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 11ª ed., Berlín, 1902.

**LÓPEZ RAMÓN, F.:**

-“El derecho público ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales”, en La protección Jurídica del Medio Ambiente, coord. Valle Muñiz, J.M., Pamplona, 1997.

-Sociedad y sistema: la ambición de una teoría. Capítulo I: Sistema y función, (traducción de López Petit, S. y Schmitz, D.), Barcelona, 1990.

-Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general,  
México, 1991.

**LUIS TURÉGANO, J.V.:**

-Manual de incendios forestales. Actuaciones policiales e investigación, Valencia, 1997.

**MAGGIORE, G.:**

-Diritto Penale , Volume II: Parte speciale, Delitti e Contravvenzioni, Tomo I, 4ª ed., Bologna, 1960.

**MANZINI, V.:**

-Trattato de Diritto Penale Italiano, 2<sup>a</sup> ed., Volumen VI,  
Torino, 1922.

-Trattato de Diritto Penale Italiano, 5<sup>a</sup> ed., Volumen VI (a cura di Pisapia), Torino, 1983.

**MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup>.L.:**

-“La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, en AP, núm. 27, 1994.

**MARTÍN MATEO, R.:**

-Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, Madrid, 1991.

-Tratado de Derecho Ambiental. Vol. III. Recursos naturales, Madrid, 1997.

-Manual de Derecho Ambiental, 2ª ed., Madrid, 1998.

**MARTIN, J.:**

-Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Friburgo, 1989.

**MARTÍNEZ ZATA, J.J.:**

- "Jornadas de Estudio sobre la nueva reforma del Código Penal", en PJ, núm. especial XII, 1990.



**MATA Y MARTÍN, R.M.:**

-Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada, 1997.

**MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.:**

-Derecho penal y protección del medio ambiente, Madrid, 1992

-“El medio ambiente como ejemplo de interés difuso protegido por el Derecho penal”, en CGPJ (edit.), Cuadernos de Derecho Judicial: “Intereses difusos y Derecho penal”, 1994.

**MATURANA, H. y VARELA F.:**

-El árbol del conocimiento, 3ª ed., Barcelona, 1999.

**MATURANA, H.:**

-La realidad: ¿objetiva o construida?, vol. II. Fundamentos biológicos del conocimiento, México, 1996.

**MAURACH, R.:**

-Tratado de Derecho penal, I, trad. y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

**MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.:**

- Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid, 1993.

**MIR PUIG, S.:**

-Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1976.

-“La perspectiva “ex ante” en Derecho penal, en ADPCP, T. XXXVI, 1983.

-“Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius puniendi*”, en Estudios penales y criminológicos, núm. XIV, 1989-1990.

-Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Barcelona, 1998.

**MONTANOS FERRIN, E., en Montanos Ferrin/Sanchez-Arcilla:**

-Estudios de Historia del Derecho criminal, Madrid, 1990.

**MONTES, P.J.:**

-Derecho Penal Español, 2ª ed., San Lorenzo del Escorial, 1929.

**MONTORO PUERTO, M.:**

- "La regulación legal del delito de incendio a través de los artículos 551-552 del nuevo Código Penal", en RGD, núm. 17, 1946.

**MORALES PRATS, F.:**

- "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley Penal en blanco y concepto de peligro", en La protección Jurídica del Medio Ambiente, coord. Valle Muñiz, J.M., Pamplona, 1997.

**MORENO MOLINA, J.A.:**

- La protección ambiental de los bosques, Madrid, 1998.

**MORILLAS CUEVA, L.:**

- "La circunstancia agravante de incendio y su ámbito de aplicación", en Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, 1982.

**MUÑOZ CONDE, F.:**

- Derecho Penal. Parte Especial, 2ª ed., Sevilla, 1976; 7ª ed., Valencia, 1988; 10ª ed., Valencia, 1995; 11ª ed., Valencia, 1996; 12ª ed., Valencia, 1999.

**MUÑOZ CONDE, F.**, en Muñoz Conde/García Arán:

- Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, 1998.

**MUÑOZ CONDE, F./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GARCÍA ARÁN, M.:**

- La reforma penal de 1989, Madrid, 1989.

**MUÑOZ BARBERO, R.:**

- La reforma penal de 1870, Salamanca, 1969.

**OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.:**

- "La reforma del consentimiento en las lesiones", en Comentarios a la legislación penal, T. V, Vol. 2ª, EDESA, Madrid, 1985.

-"Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en ADPCP, 1990.

**ORTS BERENGUER, E.**, en Vives/Boix/Orts/Carbonell/Cussac:

-Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., Valencia, 1999.

**PACHECO, J.F.:**

-El CP, concordado y comentado, Tomo III, 4ª ed., Madrid, 1870.

**PERIS RIERA, J.M.:**

-Delitos contra el medio ambiente, Valencia, 1984.

**PESSINA, E.:**

-Elementi di Diritto Penale, V. II, Nápoles, 1883.

**PHILLIPPS, C. y McFADDEN, D.:**

-Investigación del origen y causas de los incendios, MAFRE, Madrid, 1984.

**POLAINO NAVARRETE, M.:**

-Delitos de incendio en el Ordenamiento Penal español, Barcelona, 1982.

-"El sistema español de incriminación de incendios del Proyecto de Código penal de 1980", en Studi in Memoria di Giacomo Delitala, Vol. 3, 1984.

-"Quema de rastrojos u otros productos y peligro de incendios forestales", en Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983, t. V, vol. 2º, EDESA, 1985.

-"Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987. Especial referencia a los incendios forestales", en Comentarios a la legislación penal, bajo la dirección de Cobo del Rosal y Bajo Fernández, Tomo XIII, Madrid, 1991.

-"Falta de incendios", en Comentarios a la legislación penal. Tomo XIV. Vol. 2º. La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código penal, EDESA, 1992.

**POPPER, K.**, en Popper/Eccles:

-El yo y su cerebro, Barcelona, 1980.

-La lógica de la investigación científica, Madrid, 1982; (6ª reimpresión de la 1ª ed. en castellano de 1962).

- "Hacia una teoría evolutiva del conocimiento", en Un mundo de propensiones, 2ª ed., Madrid, 1996.

- "Un mundo de propensiones: dos nuevas concepciones de la causalidad", en Un mundo de propensiones, 2ª ed., Madrid, 1996.

**PORTILLA CONTRERAS, G.:**

- "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en CPC, núm. 39, 1989.

**PRATS CANUT, J.M.:**

- "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980", en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, T. II, Barcelona, 1983.

- "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", en Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente, Madrid, 20-21 de octubre de 1990, editado por la Agencia del Medio Ambiente, Madrid, 1991.

**PRIGOGINE, I.:**

- El fin de las certidumbres, (trad. de Jacomet, P.), Madrid, 1997.

**PUIG PEÑA, F.:**

- Derecho penal, Parte especial, 7ª ed., Madrid, 1988.

**PUPPE, I.:**

- "Causalidad", en ADPCP, T. XLV, 1992, (trad. Silva Sánchez, J.Mª.).

**QUERALT JIMÉNEZ, J.J.:**

- Derecho Penal Español, Parte Especial, 3ª ed. conforme al Código penal de 1995, Delitos contra los intereses individuales y colectivos, Barcelona, 1996.

**QUINTANO RIPOLLES, A.:**

- Comentarios al Código penal, 2ª ed., Madrid, 1966.

- Curso de Derecho penal II, Madrid, 1966.

**QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. y PRATS CANUT, J.M.:**

-Manual de Derecho Penal. Parte General, Pamplona, 1999.

**QUINTERO OLIVARES, G.:**

-“Delitos contra los intereses generales o derechos sociales”, RFCUCM, núm. 6, Monográfico sobre las V Jornadas de Profesores de Derecho penal, 1983.

**RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.:**

-Derecho Penal Español, Parte Especial, 18ª ed., Madrid, 1995.

**RODRÍGUEZ MONTAÑES, T.:**

-Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid, 1994.

**RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:**

-La omisión del deber de socorro en el Derecho penal, Madrid, 1966.

- Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1978.

-“Derecho a la vida y a la integridad personal”, en Comentarios a la legislación penal, T. I, EDESA, Madrid, 1982.

**RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.:**

-Derecho penal, Parte especial, tomo II, Madrid, 1949

**RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., JASO ROLDÁN, T. y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.**, en ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.:

-Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1949.

**RODRÍGUEZ RAMOS, L.:**

-“Alternativas a la protección penal del medio ambiente” en CPC, nº 19, 1983.

-“Delitos contra el medio ambiente”, en Comentarios a la legislación penal, EDESA, T. V, Vol. 2ª, Madrid, 1985.

-“Protección penal del ambiente”, en Comentarios a la legislación penal, T. I (Derecho penal y Constitución), EDESA, Madrid, 1982.

**ROSAL, J. del:**

- "Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVII", en RGLJ, 1943.

**ROXIN, C.:**

- Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. (Trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997.

**RUDOLPHI, H.J.:**

- "Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", (traducción de Bacigalupo Zapater, E.), en Nuevo pensamiento penal, año 4, núms. 5 a 8, 1975.

**SÁINZ CANTERO, J.A.:**

- "El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822", en ADPCP, t. XX, 1967.

**SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS:**

- Los delitos de incendio, Granada, 2000.

**SAN MARTÍN LOSADA, L.:**

- El Código Penal de 1928, su estudio y comparación don el de 1870, Madrid, 1928.

**SERRANO GONZALEZ de MURILLO, J.L.:**

- "Consideraciones Generales sobre los delitos de incendio", en CPC, nº51.

- "Los delitos de incendio en el nuevo Código penal", en AP, nº 42, noviembre 1996.

**SGUBBI, F.:**

- "Tutela penale di "interessi diffusi"", en La Questione criminale, 1975.

**SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.:**

-Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992.

-"¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal", en La Ley, 1997-3.

**TAMAMES, R.:**

-Un nuevo orden mundial, Madrid, 1991.

**TAMARIT SUMALLA, J.M<sup>a</sup>, en AAVV:**

-Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2<sup>a</sup> ed., bajo la dirección de Quintero Olivares, Pamplona, 1999.

**TAMARIT SUMALLA, J.M.:**

-La reforma de los delitos de lesiones. (Análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989), Barcelona, 1990.

**TERRADILLOS BASOCO, J.:**

-"La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en RFUDCM, núm. 63, 1981.

-"Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en Pena y Estado, núm. 1, 1991.

-"El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en El delito ecológico, coord. Terradillos Basoco, J., Madrid, 1992.

**TERUEL CARRALERO, D.:**

-"Las Faltas ", en N.E.J., Tomo IX, Barcelona, 1956.

**TORÍO LÓPEZ, A.:**

-"Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en ADPCP, 1981.

**VERCHER NOGUERA, A.:**

- "Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente", en La Ley, T. 2, 1991.
- "Ministerio fiscal y medio ambiente: nuevas perspectivas de actuación", en LA LEY, 1993.
- "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", en Actualidad Penal, 1994.
- "De los incendios", VVAA: Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia, Granada, 1998.

**VIADA Y VILASECA, S.:**

- Código penal reformado de 1870, 4ª ed., t. III, Madrid, 1890.

**VIVES ANTÓN, T.S.:**

- "Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal", en Comentarios a la Legislación Penal, T. I, EDERSA, 1982.
- La libertad como pretexto, Valencia, 1995.
- Fundamentos del sistema penal, Valencia, 1996.
- "Principios penales y dogmática penal", en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), editado por la Escuela Judicial del CGPJ.

**VIZMANOS de, T.Mª. y ALVAREZ MARTÍNEZ, C.:**

- Comentarios al Código penal, Tomos I y II, Madrid, 1848.





## ***Índice jurisprudencial***



# **INDICE DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 08-11-1870	I	24	
STS de 04-02-1871	I	120	
STS de 17-02-1871	I	158	
STS de 14-04-1871	II	282	
STS de 24-04-1871	II	306	
STS de 22-06-1871	III	416	
STS de 12-10-1871	III	551	
STS de 30-11-1871	IV	647	
STS de 21-05-1872	VI	1031	
STS de 08-10-1872	VII	1257	
STS de 21-12-1872	VII	1421	
STS de 11-11-1873	IX	1875	
STS de 24-01-1874	X	2009	
STS de 31-01-1874	X	2021	
STS de 06-07-1874	XI	2357	
STS de 05-11-1874	XI	2485	
STS de 01-12-1874	XI	2552	
STS de 10-06-1875	XII	2812	
STS de 11-12-1875	XIII	3036	
STS de 06-02-1877	XVI	3781	
STS de 17-01-1878	XVIII	4300	
STS de 27-11-1879	XXI	5270	
STS de 15-03-1880	XXII	5409	
STS de 18-03-1880	XXII	5414	

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 20-12-1881	XXV	6291	
STS de 27-12-1881	XXV	6307	
STS de 30-12-1881	XXV	6314	
STS de 31-12-1881	XXV	6316	
STS de 06-03-1882	XXVI	6410	
STS de 13-01-1883	XXVIII	6898	
STS de 28-02-1883	XXVIII	6965	
STS de 02-06-1884	XXXII	8074	
STS de 06-04-1885	XXXIV	8829	
STS de 10-02-1885	XXXIV	8649	
STS de 19-09-1885	XXXV	230	
STS de 21-09-1885	XXXV	232	
STS de 09-10-1885	XXXV	276	
STS de 09-11-1885	XXXV	357	
STS de 01-12-1885	XXXV	440	
STS de 07-12-1885	XXXV	465	
STS de 20-01-1886	XXXVI	53	
STS de 28-05-1886	XXXVI	450	
STS de 03-07-1886	XXXVII	7	
STS de 06-10-1886	XXXVII	77	
STS de 07-12-1886	XXXVII	238	
STS de 14-01-1887	XXXVIII	39	
STS de 28-03-1887	XXXVIII	242	
STS de 14-05-1887	XXXVIII	373	
STS de 28-09-1887	XXXIX	181	
STS de 14-10-1887	XXXIX	224	
STS de 29-11-1887	XXXIX	372	

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 08-03-1888	XL	197	
STS de 14-04-1888	XL	297	
STS de 29-03-1889	XLII	271	
STS de 23-04-1889	XLII	326	
STS de 22-05-1889	XLII	385	
STS de 12-06-1889	XLII	434	
STS de 22-11-1889	XLIII	306	
STS de 19-12-1889	XLIII	406	
STS de 28-12-1889	XLIII	444	
STS de 29-03-1890	XLIV	213	
STS de 26-04-1890	XLIV	273	
STS de 26-06-1890	XLIV	397	
STS de 28-06-1890	XLIV	410	
STS de 15-12-1890	XLV	345	
STS de 03-01-1891	XLVI	2	
STS de 28-11-1891	XLVII	206	
STS de 27-04-1892	XLVIII	217	
STS de 18-06-1892	XLVIII	306	
STS de 06-09-1892	XLIX	99	
STS de 18-11-1892	XLIX	238	
STS de 23-12-1892	XLIX	313	
STS de 28-04-1893	L	168	
STS de 08-05-1894	LII	243	
STS de 20-06-1894	LII	330	
STS de 06-03-1897	LVIII	137	
STS de 03-05-1897	LVIII	258	
STS de 07-05-1897	LVIII	270	
STS de 26-08-1897	LIX	42	

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 02-03-1898	LX	72	
STS de 31-12-1898	LXI	220	
STS de 31-01-1899	LXII	59	
STS de 25-06-1901	LXVI	202	
STS de 12-11-1902	LXIX	104	
STS de 30-07-1904	LXXIII	41	
STS de 17-01-1905	LXXIV	32	
STS de 07-07-1906	LXXVII	8	
STS de 16-11-1910	LXXXV	98	
STS de 09-12-1910	LXXXV	136	
STS de 05-07-1911	LXXXVII	10	
STS de 17-10-1911	LXXXVII	65	
STS de 27-10-1914	XCIII	49	
STS de 10-06-1915	XCIV	194	
STS de 01-12-1915	XCV	132	
STS de 24-05-1916	XCVI	114	
STS de 26-05-1917	XCVIII	121	
STS de 10-10-1917	XCIX	43	
STS de 29-05-1918	C	155	
STS de 13-12-1921	CVII	103	
STS de 07-06-1922	CVIII	114	
STS de 28-11-1923	CX	100	
STS de 08-04-1924	CXI	124	
STS de 03-06-1924	CXI	185	
STS de 10-02-1926	CXIII	47	
STS de 21-03-1928	CXVII	135	
STS de 09-05-1928	CXVII	217	
STS de 19-06-1928	CXVII	292	

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 03-12-1928	CXVIII	172	
STS de 13-04-1929	CXX	48	
STS de 23-04-1929	CXX	72	
STS de 07-05-1929	CXX	111	
STS de 10-10-1929	CXXI	42	
STS de 08-03-1930	CXXII	96	
STS de 21-03-1930	CXXII	123	
STS de 12-05-1930	CXXII	202	
STS de 13-05-1930	CXXII	203	
STS de 12-12-1931	CXXV	135	
STS de 13-01-1932	CXXVI	15	
STS de 16-12-1932	CXXVIII	117	
STS de 16-01-1934	CXXX	16	98
STS de 15-06-1934	CXXX	267	1212
STS de 04-10-1934	CXXXI	138	1713
STS de 03-06-1940			618
STS de 15-04-1941			479
STS de 04-05-1943			601
STS de 14-02-1945			230
STS de 22-04-1946			483
STS de 07-05-1946			648
STS de 06-06-1947			837
STS de 18-10-1947			1162
STS de 29-03-1950		155	507
STS de 12-04-1950		169	648
STS de 22-03-1952		139	582
STS de 26-12-1952		700	2651



FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 08-06-1953		386	1492
STS de 07-10-1953		542	2593
STS de 30-01-1954		73	180
STS de 18-12-1954		988	2776
STS de 06-10-1955		860	2648
STS de 05-11-1955		976	2977
STS de 25-11-1955		1067	3030
STS de 15-10-1956		752	3063
STS de 06-11-1957		862	2946
STS de 24-01-1958		59	65
STS de 18-06-1958		678	2056
STS de 13-11-1958		1006	3693
STS de 25-05-1959			2220
STS de 04-06-1960		508	2520
STS de 26-09-1961		845	3040
STS de 22-06-1962		772	2827
STS de 22-06-1962		773	2824
STS de 03-11-1962		1129	4042
STS de 06-11-1962		1144	4092
STS de 28-12-1962		1422	4999
STS de 14-01-1963		35	78
STS de 25-01-1963		116	249
STS de 12-12-1963			4981
STS de 09-04-1964		660	1867
STS de 27-04-1964		794	2294
STS de 05-06-1965		1028	2821
STS de 08-06-1965		1055	2910
STS de 30-06-1965		1223	3424

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 20-01-1966			151
STS de 05-12-1966		1740	5526
STS de 19-06-1967		774	3283
STS de 16-01-1968		38	385
STS de 25-03-1968		463	1552
STS de 06-04-1968		567	1827
STS de 17-04-1968		585	1969
STS de 26-04-1968		637	2312
STS de 11-05-1968		766	2444
STS de 12-11-1968		1493	4612
STS de 07-02-1969		216	834
STS de 02-04-1969		687	2102
STS de 13-05-1969			2830
STS de 20-05-1969			2918
STS de 23-09-1969		1615	4148
STS de 20-10-1969		1806	5118
STS de 07-11-1969		1935	5251
STS de 25-09-1970		965	3800
STS de 15-06-1971		880	2874
STS de 21-10-1971		1214	3930
STS de 26-01-1972		83	346
STS de 26-01-1972		86	347
STS de 28-01-1972		92	365
STS de 24-02-1972		272	774
STS de 14-12-1972		1768	5361
STS de 21-03-1973		446	1377
STS de 09-06-1973			2651

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 17-04-1974		639	1855
STS de 19-12-1974		1789	5239
STS de 21-12-1974			5269
STS de 07-02-1975		178	546
STS de 29-04-1975			1873
STS de 28-10-1975			4024
STS de 15-01-1976			103
STS de 18-12-1975			4858
STS de 30-06-1976			3277
STS de 16-11-1976		1305	4743
STS de 11-10-1977		1006	3704
STS de 12-12-1977		1222	4849
STS de 28-02-1978		174	529
STS de 06-07-1978		664	2809
STS de 18-06-1979		794	2677
STS de 05-12-1980		1376	4785
STS de 05-05-1981		597	2119
STS de 19-05-1981		687	2244
STS de 15-06-1981		851	2660
STS de 09-07-1981		983	3210
STS de 17-03-1982		359	1720
STS de 21-09-1982		1103	4953
STS de 18-10-1982			5652
STS de 16-12-1982		1600	7713
STS de 06-10-1983		1315	4712
STS de 17-11-1983		1521	5506
STS de 06-12-1983		1621	6317
STS de 06-04-1984		520	2321

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 09-04-1984		543	2341
STS de 12-07-1984			4039
STS de 24-10-1984		1423	5063
STS de 06-11-1984			5445
STS de 21-12-1984		1817	6595
STS de 14-01-1985		26	299
STS de 02-11-1985		1584	5373
STS de 06-12-1985		1782	6001
STS de 01-02-1986			554
STS de 12-05-1986			2452
STS de 13-05-1986			2461
STS de 10-10-1986			5588
STS de 23-05-1987			3114
STS de 24-07-1987			5624
STS de 23-03-1988			2083
STS de 07-04-1988		896	2756
STS de 05-05-1988		1158	3481
STS de 02-11-1988		2658	8817
STS de 28-03-1989			2747
STS de 05-06-1989		1730	5022
STS de 19-06-1989		1883	5155
STS de 06-10-1989			7626
STS de 03-11-1989			8550
STS de 27-11-1989			9325
STS de 16-12-1989			1917
STS de 02-01-1990			257
STS de 25-01-1990			1010
STS de 20-04-1990			3294

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 26-05-1990			6519
STS de 13-07-1990			6706
STS de 15-10-1990			8062
STS de 25-10-1990			8239
STS de 31-10-1990			8423
STS de 18-12-1990			9554
STS de 08-02-1991		490	915
STS de 14-03-1991		1082	2139
STS de 05-06-1991		2089	4509
STS de 12-07-1991		2589	5890
STS de 10-10-1991			7058
STS de 03-12-1991			8958
STS de 11-12-1991			9138
Auto de 3-01-1992			93
STS de 27-01-1992			469
STS de 28-01-1992			482
STS de 27-03-1992			2502
STS de 14-05-1992			4024
STS de 09-07-1992			6561
STS de 30-12-1992			10540
STS de 01-02-1993			623
STS de 04-02-1993			861
STS de 20-03-1993			2423
STS de 01-04-1993			3065
STS de 19-05-1993			4184
STS de 07-06-1993			4852
STS de 21-07-1993			6418

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 26-11-1993			1415
Auto de 1-12-1993			9563
STS de 19-01-1994			76
STS de 20-01-1994			43
STS de 24-01-1994			97
Auto de 2-02-1994			766
STS de 15-02-1994			1419
STS de 11-03-1994			2128
STS de 26-03-1994			2599
STS de 21-06-1994			5213
STS de 24-06-1994			5390
STS de 02-07-1994			6416
Auto de 21-09-1994			7078
STS de 15-11-1994			9275
STS de 07-12-1994			6291
STS de 07-12-1994			9390
Auto de 18-01-1995			72
STS de 4-02-1995			753
STS de 10-02-1995			810
STS de 16-09-1995			6378
STS de 27-09-1995			6930
STS de 14-10-1995			7609
STS de 01-12-1995			8967
Auto de 05-12-1995			9039
STS de 12-12-1995			9546
STS de 13-12-1995			9242
STS de 19-02-1996			1320
STS de 27-03-1996			3758

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 09-05-1996			3808
STS de 23-05-1996			4555
STS de 05-07-1996			5686
STS de 05-07-1996			5952
STS de 04-10-1996			816
STS de 28-10-1996			7426
STS de 23-12-1996			9238
STS de 05-02-1997			698
STS de 14-02-1997			1176
STS de 08-03-1997			1943
STS de 31-03-1997			2518
STS de 11-06-1997			4677
STS de 23-06-1997			5129
STS de 03-07-1997			5687
STS de 16-12-1997			9086
STS de 18-12-1997			8798
STS de 27-01-1998			384
STS de 11-02-1998			1980
STS de 17-02-1998			959
Auto de 28-10-1998			8562
STS de 31-10-1998			8114
Auto de 24-11-1998			8982
STS de 27-01-1999			826
STS de 28-01-1999			832
STS de 20-03-1999			2685
STS de 14-06-1999			5567

FECHA de las SENTENCIAS	JURISPRUDENCIA CRIMINAL		ARANZADI
	Tomo	Ref.	Ref.
STS de 18-05-1999			3822
STS de 24-05-1999			3833
STS de 28-05-1999			5266
STS de 30-06-1999			6125
STS de 09-07-1999			5943
STS de 21-10-1999			7133